

**UN ANÁLISIS SOCIETARIO MEDIANTE EL CUAL SE DETERMINA LA
VALIDEZ Y PROTECCIÓN DEL PROTOCOLO DE FAMILIA, DENTRO DE
UNA SOCIEDAD DE FAMILIA Y DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO**

EAFIT

Camila Pérez Ramírez y Laura Arboleda Jaramillo
Octubre de 2016

Índice

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| CAPÍTULO I: Las sociedades de familia. Generalidades | 8 |
| 1. Las sociedades de familia | 8 |
| 1.1. Definición de sociedad de familia | 10 |
| 1.2. Características y fortalezas de las sociedades de familia..... | 12 |
| 1.3. Principales problemáticas de las sociedades de familia..... | 14 |
| 1.3.1. Los problemas ligados al negocio | 14 |
| 1.3.2. Los problemas ligados a la gestión | 15 |
| 1.3.3. Los problemas ligados a la sucesión | 16 |
| 1.4. Órganos de gobierno de la sociedad de familia | 17 |
| 1.4.1. La Asamblea Familiar | 19 |
| 1.4.2. El Consejo Familiar | 20 |
| 1.5. Marco teórico de la regulación de las sociedades de familia en Colombia | 24 |
| 1.5.1. Constitucional | 24 |
| 1.5.2. Normativo | 26 |
| CAPÍTULO II: Régimen de sociedades en Colombia. S.A.S. como sociedad de familia | 29 |
| 2. Estructura societaria de la sociedad de familia | 30 |
| 2.1. Las sociedades en el Código de Comercio (Régimen general) | 30 |
| 2.1.1. Sociedades de personas | 32 |
| 2.1.1.1. La Sociedad Colectiva | 32 |
| 2.1.1.2. La Sociedad en Comandita Simple | 35 |
| 2.1.1.3. La Sociedad en Comandita por Acciones | 36 |
| 2.1.2. Sociedades de capital | 40 |
| 2.1.2.1. La Sociedad de Responsabilidad Limitada | 40 |
| 2.1.2.2. La Sociedad Anónima..... | 43 |
| 2.1.2.3. La Sociedad por Acciones Simplificada | 47 |
| 2.1.2.3.1. Constitución de la S.A.S. | 49 |
| 2.1.2.3.2. Estructura orgánica de la S.A.S..... | 49 |
| 2.1.2.3.2.1. Junta Directiva | 50 |
| 2.1.2.3.2.2. Asamblea de Accionistas | 51 |
| 2.1.2.3.2.3. Representante Legal | 52 |
| 2.1.2.3.2.4. Revisoría Fiscal..... | 53 |

| | |
|---|-----------|
| 2.1.2.3.3. El capital social y las acciones en la S.A.S. | 53 |
| 2.1.2.3.3.1. Integración del capital..... | 53 |
| 2.1.2.3.3.2. Clases de acciones..... | 54 |
| 2.1.2.3.3.3. Negociabilidad de las acciones | 56 |
| 2.1.2.3.3.4. Derecho al voto | 56 |
| 2.2. La S.A.S. como modelo societario idóneo para las sociedades de familia | 57 |
| 2.2.1. Libertad contractual | 57 |
| 2.2.2. Número de accionistas | 58 |
| 2.2.3. Limitación de responsabilidad | 59 |
| 2.2.4. Acciones especiales..... | 59 |
| 2.2.5. Restricción a la negociación de acciones | 60 |
| 2.2.6. Voto singular o múltiple | 61 |
| 2.2.7. Estructura flexible de capital..... | 62 |
| 2.2.8. Estructura orgánica dúctil | 63 |
| 2.2.9. Acuerdos de accionistas | 63 |
| 2.2.10. Exclusión de accionistas | 64 |
| 2.3. Fundamento filosófico de las sociedades de familia..... | 65 |
| 2.3.1. El derecho de asociación y las sociedades del Código de Comercio | 65 |
| 2.3.2. El postulado de la autonomía de la voluntad privada..... | 69 |
| 2.3.2.1. La autonomía de la voluntad privada en el Derecho moderno | 70 |
| 2.3.2.2. La autonomía de la voluntad privada en el ordenamiento jurídico colombiano | 72 |
| 2.3.2.3. El contrato de asociación como expresión de la autonomía de la voluntad privada en Colombia..... | 79 |
| 2.3.3. La autonomía de la voluntad privada en las sociedades de familia | 81 |
| CAPÍTULO III: El protocolo de familia como un acuerdo de accionistas | 83 |
| 3. El protocolo de familia..... | 83 |
| 3.1. Definición del protocolo de familia | 83 |
| 3.2. Características del protocolo de familia..... | 86 |
| 3.3. Contenido del protocolo de familia | 87 |
| 3.4. Proceso de creación del protocolo de familia | 94 |
| 3.5. El protocolo de familia en Colombia: Un acuerdo de accionistas | 95 |
| 3.5.1. Antecedentes | 95 |
| 3.5.2. Naturaleza jurídica | 99 |

| | |
|--|-----|
| 3.5.3. Los acuerdos de accionistas | 100 |
| 3.5.3.1.Marco legal | 102 |
| 3.5.3.1.1. Acuerdos de accionistas en razón de la Ley 222 de 1995 | 103 |
| 3.5.3.1.2. Acuerdos de accionistas en razón de la Ley 1258 de 2008 | 106 |
| 3.5.3.2.Características de los acuerdos de accionistas | 108 |
| 3.5.3.3.Contenido de los acuerdos de accionistas | 109 |
| 3.5.3.4.Oponibilidad de los acuerdos de accionistas..... | 109 |
| 3.5.3.5.Efectividad de los acuerdos de accionistas | 110 |
| 3.5.3.5.1. Efectos del incumplimiento..... | 112 |
| 3.5.3.5.1.1.Incumplimiento del artículo 70 de la Ley 222 de 1995..... | 113 |
| 3.5.3.5.1.2.Incumplimiento de artículo 24 de la Ley 1258 de 2008..... | 114 |
| 3.5.3.5.2. Abuso del derecho | 114 |
| 3.5.3.5.3. Jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades | 118 |
| 3.5.3.5.3.1.Caso “Gimnasio VERMONT” | 121 |
| 3.5.3.5.3.1.1. Hechos..... | 121 |
| 3.5.3.5.3.1.1.1.Análisis del caso..... | 123 |
| 3.5.3.5.3.1.1.2.Argumentos de la parte demandante | 123 |
| 3.5.3.5.3.1.1.3.Argumentos de la parte demandada | 123 |
| 3.5.3.5.3.1.2. Pretensiones..... | 123 |
| 3.5.3.5.3.1.3. Consideraciones de la Superintendencia de Sociedades | 124 |
| 3.5.3.5.3.1.3.1.Requisitos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995 | 125 |
| 3.5.3.5.3.1.3.1.1. Restricción subjetiva | 125 |
| 3.5.3.5.3.1.3.1.2. Restricción objetiva | 126 |
| 3.5.3.5.3.1.3.1.3. Restricción formal | 127 |
| 3.5.3.5.3.1.3.2.Análisis del incumplimiento del acuerdo | 128 |
| 3.5.3.5.3.1.3.2.1. Efectos del incumplimiento de un acuerdo de accionistas ... | 129 |
| 3.5.3.5.3.2.Caso “CIDELA LTDA y SANTANA FRUITS S.A.S.” | 130 |
| 3.5.3.5.3.2.1. Hechos..... | 131 |
| 3.5.3.5.3.2.2. Pretensiones..... | 133 |
| 3.5.3.5.3.2.3. Análisis del caso..... | 133 |
| 3.5.3.5.3.2.3.1.Requisitos del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008 | 133 |
| 3.5.3.5.3.2.3.1.1. Restricción subjetiva | 133 |

| | |
|---|------------|
| 3.5.3.5.3.2.3.1.2. Restricción objetiva | 133 |
| 3.5.3.5.3.2.3.1.3. Restricción formal | 134 |
| 3.5.3.5.3.2.3.2. Acerca del incumplimiento del acuerdo de accionistas..... | 135 |
| 3.5.3.5.3.3. Caso “SERVICIUS S.A. contra NUEVA CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN S.A.S.” | 135 |
| 3.5.3.5.3.3.1. Hechos..... | 135 |
| 3.5.3.5.3.3.2. Consideraciones del despacho..... | 137 |
| 3.5.3.5.3.3.3. El elemento volitivo requerido bajo el artículo 43 de la Ley S.A.S. | 140 |
| 3.5.3.5.3.3.3.1. La existencia de un conflicto intrasocietario..... | 141 |
| 3.5.3.5.3.3.3.2. El patrón de conducta del bloque mayoritario | 141 |
| 3.5.3.5.3.3.3.3. La justificación ofrecida para remover a Servicius S.A. | 142 |
| 3.5.3.5.3.3.4. Conclusiones y fallo | 142 |
| 3.5.3.5.4. Conclusiones sobre la efectividad de los acuerdos de accionistas | 143 |
| 3.5.3.6. Juez competente para la solución de conflictos relacionados con acuerdos de accionistas | 143 |
| 3.5.3.6.1. Análisis del artículo 24 del Código General del Proceso | 145 |
| 3.5.3.6.2. Jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades | 148 |
| 3.5.3.6.3. Jurisdicción arbitral (cláusula compromisoria) | 149 |
| 3.5.3.7. Los acuerdos de accionistas vs. Los estatutos sociales..... | 151 |
| 3.5.4. Acuerdos de accionistas como protocolo de familia..... | 153 |
| CONCLUSIONES..... | 158 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 166 |

A nuestros padres, obviamente.

Quienes nos han dado todo y sin ellos nada fuera posible.

INTRODUCCIÓN

Las sociedades de familia, es decir, aquellas en las cuales los accionistas o asociados son personas con vínculos de consanguinidad o civiles, han tenido un papel significativo y trascendental en el panorama societario internacional y nacional, toda vez que este tipo de sociedades representa la gran mayoría en la región. (Corporación Andina de Fomento (CAF), 2010).

En Colombia, un estudio de la Superintendencia de Sociedades señala que el 70% de las compañías del país son de familia y generan alrededor del 65% de los puestos de trabajo. Otro estudio muestra que el 98,5% de las empresas Pyme en Colombia son administradas por familias. (Revista semana, 2015).

Debido precisamente a los vínculos familiares existentes entre los accionistas de las sociedades de familia, éstas están altamente expuestas a amenazas provenientes de conflictos familiares internos entre sus miembros.

Por lo general, en este tipo de sociedades, hay concentración de poder en cabeza del socio fundador o accionista controlante, motivo por el cual se presenta la ausencia de preparación para el cambio generacional, la carencia de idoneidad y liderazgo de los administradores, así como la ausencia de procedimientos formales para la óptima administración de la sociedad, entre otras; situaciones éstas que deben regularse a través de una herramienta institucional, con el fin de implementar acciones concretas para mantener el equilibrio social, familiar y entre éstos dos grupos. La herramienta Propuesta para ello en este trabajo es el acuerdo de accionistas como un protocolo de familia.

El protocolo de familia es una de las herramientas previstas para el desarrollo de las políticas de Gobierno Corporativo, y puede definirse como un acuerdo o contrato, estipulado entre los asociados familiares, por medio del cual se acuerdan los principios esenciales de las relaciones de la familia con la sociedad. Este pretende regular la organización, control y gestión dentro de la sociedad, así como las relaciones económicas y profesionales entre quienes siendo accionistas o administradores de la sociedad, hacen parte del grupo familiar, con la finalidad de darle continuidad de manera eficaz y con éxito a la sociedad, no sólo para asegurar la propiedad de las futuras generaciones, sino también para mantener la estabilidad y armonía familiar.

Teniendo en cuenta las estadísticas de la CAF y Confecámaras, que indican que en Colombia existe una gran mayoría de sociedades de familia en crisis que pone en riesgo su continuidad, debido a los conflictos por asuntos, bien sea de la familia que repercuten en la sociedad o viceversa, la pregunta que se plantea es la siguiente: ¿En qué medida un Protocolo de Familia es la herramienta institucional y expedita para la solución de conflictos en las Sociedades de Familia?

Para responder esta pregunta, en el presente trabajo se plantea un acercamiento a la doctrina actual, la legislación vigente y la jurisprudencia colombiana, en aras de lograr conclusiones útiles al respecto.

Este objetivo general se desarrolla a través de tres objetivos específicos, a saber:

- a) Definir la Sociedad de Familia e indagar cuáles son los asuntos que generan conflictos que ponen en riesgo la duración o estabilidad de la sociedad; así como determinar el comportamiento de la familia en la sociedad.

- b) Analizar la regulación legal, doctrinal y jurisprudencial de las Sociedades de Familia en el ámbito jurídico colombiano, con la finalidad de descubrir la existencia de una regulación para este tipo de sociedades.
- c) Analizar la regulación legal, doctrinal y jurisprudencial del Protocolo de Familia, con la finalidad de determinar la aplicación y vigencia de los mismos.

En este orden de ideas, este trabajo se divide en tres capítulos. En el primero se aborda de manera protagónica la Sociedad de Familia, partiendo de su definición, debilidades, fortalezas y, en general, todos los aspectos que las caracterizan.

En el segundo capítulo, el lector se encontrará con la estructura y tipos societarios del Régimen General de Sociedades Comerciales, con la finalidad de identificar qué tipo de sociedad resulta adecuado para las sociedades de tipo familiar. Importante también es evidenciar el desarrollo del derecho de asociación y de la autonomía de voluntad, para finalizar tratando de construir el marco regulatorio de las Sociedades de Familia en Colombia.

El tercer capítulo se ocupa del Protocolo de Familia y, en este sentido, de los Acuerdos de Accionistas a la luz de la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008, la doctrina y la jurisprudencia, con el propósito de determinar la validez de estos acuerdos como protocolos de familia. Del mismo modo, es de interés pragmático conocer el juez competente para conocer los asuntos relacionados con éstos temas.

CAPÍTULO I

“Las empresas y las familias no son democracias, hay mandos claros”

Mary Alice Crump, presidente de Crump América.

LAS SOCIEDADES DE FAMILIA: GENERALIDADES

1. Las Sociedades de Familia

Las sociedades de familia tienen como característica esencial el parentesco¹ o afinidad², por tanto, uno de sus principales fines es el de postergar el negocio en el tiempo a través de sus generaciones; a diferencia de las sociedades que no son familiares, ya que estas carecen de los vínculos familiares, y guían sus fines con un modelo más simple de control, donde prima la racionalidad administrativa, lo que hace a este tipo de empresas más flexibles.

La importancia de las sociedades de familia en la economía es innegable; de acuerdo con Serrano Cañas, *“el origen histórico del sistema económico actual guarda una estrecha relación con la empresa de carácter familiar. Se puede citar, por ejemplo, el caso de los Függer, banqueros de Carlos V y Felipe II en el siglo XVI. En Inglaterra, en la segunda mitad del siglo XVII y en la primera mitad del XVIII, la familia Lloyd comenzó su actividad como aseguradores de barcos, sociedad que existe en la actualidad. Los nombres de Wilkinson, Siemens, Bosch, Krupp, Rockefeller, Rotschild, Ford están unidos en su origen a la creación de grandes compañías controladas por grupos familiares. No obstante, actualmente en el seno de numerosas*

¹ El Código Civil lo define como: “ARTICULO 35. PARENTESCO DE CONSANGUINIDAD. Parentesco de consanguinidad es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre.”.

² El Código Civil la define como: “ARTICULO 47. AFINIDAD LEGÍTIMA. Afinidad legítima es la que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer”.

empresas multinacionales coexisten aun grupos familiares, descendientes de los fundadores, los cuales ejercen un control muy importante sobre su gestión (como los Agnelli en Fiat, B. Gates en Microsoft, etc.)” (Serrano Cañas, 2015).

Otro ejemplo es Italia, reconocido como “*el país con más empresas inscritas en la Asociación Hénokiens, que agrupa a empresas familiares mayores de 200 años, todavía gestionadas en gran parte por la familia fundadora.*” (Ojeda González & Chu de Fung, 2013).

Cita aca

¿Qué hace a estas empresas tan especiales? Una buena respuesta a esta pregunta puede encontrarse en Freud, quien a la pregunta “¿Cuál era el secreto de una vida plena?, contestó con tres palabras: “*Lieben un arbeiten (amar y trabajar)*” (Gersick, Davis, Mc Collom, & Lansberg, 1997). Es claro que para casi la totalidad de los seres humanos, la familia y el trabajo son los ejes centrales de la vida, es por ésto que puede entenderse con facilidad el magnífico poderío de las organizaciones que combinan ambas cosas. “*El papel del presidente del consejo de administración es diferente cuando la empresa la fundó su padre y cuando la madre y los hermanos se sientan alrededor de la mesa en las juntas del consejo, tal como lo hacen en la mesa del comedor familiar. El papel del presidente ejecutivo es distinto cuando el vicepresidente que ocupa la oficina de al lado es su hermano más joven.*” (Gersick, Davis, Mc Collom, & Lansberg, 1997).

Con el propósito de delimitar el objeto de estudio del presente trabajo de investigación y, en ese sentido, señalar sus horizontes teóricos y conceptuales; se pretende, a continuación, la exposición de algunas de las diferentes definiciones de *sociedad de familia*, construidas por

autores que han desarrollado el tema, con la intención de confrontarlas y, posteriormente, hacer un análisis de aquéllo que caracteriza e individualiza las Sociedades de Familia.

1.1. Definición de Sociedad de Familia

Para el desarrollo de la presente investigación fueron escogidas tres definiciones de *sociedad de familia* que, en consideración de las autoras, engloban de mejor manera la compleja diversidad del concepto. No obstante, previo a su exposición, resulta pertinente realizar la siguiente precisión.

En primer lugar, las definiciones expuestas a continuación utilizan de forma indistinta la expresión “empresa familiar”. Por ello, sin intención de caer en confusiones acerca de la diferencia que existe entre empresa y sociedad -conceptos que son diferentes-, se procede con una breve explicación de dicha diferencia, recalcando que lo que se busca con estas definiciones es mostrar, en términos generales, las principales “unidades” de que gozan todas las sociedades de familia (familia, empresa y propiedad), así como resaltar que una de sus principales finalidades es la de permanecer en el tiempo a través de las generaciones familiares.

En este orden de ideas, podríamos decir que empresa “*es la organización del trabajo ajeno y del capital, para producir bienes o servicios destinados a ser cambiados*” (Rengifo & Rengifo, 2012). Mientras que el Código de Comercio, en su artículo 98, define a la sociedad como “*el contrato entre dos o más personas³ (que) se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.*”

³ Se aclara que las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.) pueden ser creadas con un solo socio. Artículo 1º, Ley 1258 de 2008.

Ahora bien, la primera de las deficiones de *sociedad de familia* referidas es aquélla del profesor, escritor y fundador de una de las compañías asesoras de sociedades de familiares más importantes de Inglaterra, Peter Leach, en su obra *La Empresa Familiar*: “*son sociedades de familia aquéllas que están influenciadas por una familia o por un vínculo familiar, en el caso más evidente la familia puede controlar efectivamente las operaciones de la empresa, porque posee más del 50% de las acciones, o porque miembros de la familia ocupan importantes posiciones en el management. Pero, además de estas situaciones, no se deben pasar por alto aquellos casos, donde las operaciones de la firma son afectadas por el vínculo familiar, empresas en las cuales las relaciones padre-hijo, hermano-hermana, entre otras relaciones, tienen una significativa incidencia sobre el futuro de la organización*” (Leach, 1993, pág. 22).

Por su parte, para Robert Donnelley el criterio para definir las sociedades de familia es su origen y desarrollo en el tiempo. En palabras de Donnelley: “*las empresas familiares son aquéllas que se identifican con al menos dos generaciones de la familia y donde ese vínculo lleva a una influencia en la compañía de los intereses y objetivos de la familia*” (Donnelley, 1964., págs. 93-105).

A su vez, los doctrinantes colombianos Humberto Serna Gómez y Edgar Suárez Ortiz, han brindado una definición en la que reúnen las tres características principales de las sociedades de familia y, además, resaltan la importancia de la intención de continuidad generacional en este tipo societario. En palabras de los autores: “*Las empresas familiares son organizaciones económicas (consideradas independientemente de su persona jurídica), donde su propiedad, control y dirección descansan en un determinado núcleo familiar con vocación de ser transmitida a otras generaciones*” (Serna & Suarez, 2005).

Luego de referidas estas definiciones, de autores nacionales y extranjeros, puede afirmarse que el rasgo más esencial de las sociedades de familia –y del que se desprenden los demás– es la unión de la familia, la empresa y la propiedad.

A continuación se procede a hacer un análisis de aquello que caracteriza e individualiza a las sociedades de familia.

1.2. Características y fortalezas de las Sociedades de Familia

El modo de operar de las sociedades de familia es diferente de las demás, debido a cuestiones tales como el poder económico concentrado dentro del seno de la familia y, por regla general, en manos del socio fundador. Este poder económico no se administra solamente con criterios de racionalidad e intereses individuales, si no que se hacen presentes los afectos, las pasiones y las emociones de la familia.

Las bases de estas sociedades se cimientan en los valores familiares: Espíritu de trabajo, sentido de responsabilidad, solidaridad, y demás conceptos éticos y morales. Como lo expresa el sociólogo y director del centro de estudios de la Universidad de Antioquia, Jaime Ruiz Restrepo, quien ha estudiado el tema de las sociedades de familia en Colombia: *“Existen así al menos dos principios comunes a las empresas familiares y a la familia, ellos son: Dedicación con vista al futuro y adecuada comunicación interna (...) por ello el ethos familiar se resume en: relaciones de afecto, compromiso, visión de futuro y vocación”* (Ruiz Restrepo, 2015).

De conformidad con lo expresado, y teniendo en cuenta el carácter emocional especial de las sociedades de familia, pueden identificarse como sus características y, a la vez, principales fortalezas, las siguientes:

- a) Las sociedades familiares tienen por lo general un modo característico de ejercer el poder económico. Al estar el poder económico en el seno de la familia, éste se administra no solo con racionalidad económica, es decir, no sólo velando por los intereses individuales de los asociados, sino también con base en todos los intereses comunes de los miembros familiares que hacen parte de la sociedad y, a su vez, de aquéllos que se favorecen de una manera indirecta, y siempre sin dejar de lado las generaciones venideras.
- b) La percepción del riesgo, en la mayoría de los casos, también se asume de una manera diferente. Con frecuencia, cuando se presentan dificultades económicas, los miembros familiares suelen renunciar a la repartición de utilidades en beneficio del patrimonio de la empresa; así mismo, suelen asumir débitos y cargas de la empresa con el patrimonio propio de cada socio.
- c) La búsqueda de la continuidad en las futuras generaciones puede conllevar a una planificación a largo plazo de la labor empresarial en manos de la familia fundadora, utilizando políticas de gobierno corporativo, como por ejemplo un protocolo de familia que establezca un plan sucesoral.
- d) Por último, y resaltando la importancia de la organización de las sociedades familiares, encontramos que la creación y transmisión de conocimiento se lleva a cabo por una continua e intensa interacción entre la familia, los miembros familiares y la empresa. El conocimiento en las empresas familiares se puede dividir en conocimiento explícito – como los protocolos familiares– y en conocimiento tácito, por ejemplo, *aprender*

haciendo, es decir, aquél que los miembros de la familia han adquirido y desarrollado a través de la educación y la experiencia dentro y fuera de la organización.

En conclusión, y citando a dos de los autores que han desarrollado el tema, Fred Neubauer y Alden Lank en su obra *The Family Business*; las sociedades de familia gozan de las siguientes fortalezas: *primero, ventajas económicas, basadas en la separación de la función del accionista y la del gestor; segundo, ventajas de gestión, dado el especial vínculo afectivo al proyecto empresarial que comporta la optimización en la toma de decisiones; en tercer lugar, ventajas derivadas de la vocación de continuidad en la empresa, lo que genera expectativas de futuro; y por ultimo, ventajas de visión a largo plazo, no estando sometidas a la maximización del rendimiento económico de la empresa, ni de la inversión en el plazo más breve posible, concentrándose en una estrategia de desarrollo empresarial a largo plaz.*

Teniendo claro en qué consiste una sociedad de familia, y habiendo resaltado sus características y fortalezas, podemos concluir que ellas reúnen la unión de la familia, la empresa y la propiedad.

1.3. Principales problemáticas de las Sociedades de Familia

A continuación, se describirán de manera general las problemáticas que se pueden presentar dentro de una sociedad familiar.

1.3.1. Los problemas ligados al negocio

Estas problemáticas están relacionadas con la visión estratégica que lleva la sociedad; entre éstas se encuentran: i) la competitividad en los mercados que operan, ii) los productos que pueden ofrecer, y iii) los recursos que disponen para realizarlo, entre éstos están los humanos, los nuevos

avances tecnológicos y la oferta de materiales para su producción. Además, iv) las políticas que se implementan son igualmente importantes, como podrían ser la comercialización, producción, financiación, investigación y desarrollo. (Güenaga & Riva, 2011, pág. 18).

1.3.2. Los problemas ligados a la gestión

Las sociedades en general se enfrentan con este tipo de problemas, pero en las sociedades de familia es un tema que, además de ser crucial para su continuidad, puede traer consigo problemas emotivos que agravan las situaciones. La renovación continua del personal está predominantemente en manos de la familia, principalmente en manos de los fundadores, que normalmente manejan un estilo personalizado en la gestión. Esto puede crear un retraso en el cambio generacional en el sentido de la búsqueda rápida y necesaria para encontrar la persona idónea, o en muchos casos el camino adecuado para realizar este cambio.

Dentro de la gestión podemos encontrar problemas como una elevada ambigüedad en las funciones de los familiares que trabajan en la sociedad, y un sistema de control con pocas formalidades (Güenaga & Riva, 2011, pág. 19).

De acuerdo con Irene Güenaga y Virginia Riva, una posible solución a estas problemática podría ser: *El grado de profesionalización: formalización, descentralización de las decisiones de la gerencia a los cuadros directivos superiores e intermedios, incorporación de gerentes profesionales, formación universitaria y en gestión de la gerencia, de los familiares y del equipo directivo, definición explícita de las responsabilidades y los centros de responsabilidad, utilización de consultores por parte de la alta dirección, claridad en las funciones,*

responsabilidad e interdependencia de los familiares que trabajan en la empresa, reducida interferencia de la familia en la gestión

El director Jaime Ruiz Restrepo también señala otras problemáticas susceptibles de producirse respecto de la gestión:

- Ausencia de una escucha activa.
- Utilización inadecuada de métodos de comunicación. Se abusa de la comunicación verbal en detrimento de la escrita, que clarifica puntos y es más duradera.
- Ausencia de un diálogo franco y abierto, dando lugar a los malos entendidos y al pensamiento estereotipado (Ruiz Restrepo, 2015, pág. 11).

1.3.3. Los problemas ligados a la sucesión

Otro problema en las sociedades de familia tiene relación con el plan de sucesión, para asegurar la continuidad tanto de la sociedad familiar, como de la sociedad independientemente considerada. El plan de sucesión ha de entenderse como *“la continuación ordenada y planificada de una persona en lugar de otra, con iguales o superiores características”* (Arena & Rico, 2014).

La sucesión en una sociedad de familiar podría definirse como *“la transición de liderazgo y propiedad de la sociedad familiar de una generación a la siguiente. Es una proceso de planeación y administración de toda la vida que abarca un amplio rango de pasos encaminados a asegurar la continuidad del negocios a través de las generaciones”* (Arena & Rico, 2014).

No obstante, siguiendo a Carlos Llano y Francisco Olguín, en las sociedades familiares el proceso de sucesión puede dificultarse debido a tres circunstancias: *“una tendencia a ver los problemas a corto plazo (derivada del tamaño de la sociedad); una necesidad de preparar la*

sucesión a muy largo plazo (formación del sucesor): y un carácter trascendental en el paso sucesorio (del que depende la vida futura de la empresa)” (Llano & Olgín, 1990, pág. 36).

Uno de los principales problemas en la sucesión es la sustitución del líder familiar dentro de la sociedad, y la planificación anticipada de la sucesión en la propiedad y la gestión. Posiblemente la resistencia al retiro por parte de los familiares de la persona que lleva el liderazgo alimenta esta dificultad, ya que esto crea una gran incertidumbre acerca del rumbo que tomaría la sociedad para todos los participantes dentro de ella, sean familiares o no familiares, y grandes transformaciones pueden generarse dentro de la sociedad. Respecto de la propiedad, ésta deberá ser configurada nuevamente para que los nuevos sucesores puedan intervenir, ahora en calidad de socios.

“Una gran cantidad de familias vive el proceso de sucesión con una gran tensión familiar, especialmente por el incremento de la rivalidad entre padres e hijos, entre hermanos y/o entre diferentes accionistas o ramas familiares así como por la ansiedad que genera esta situación en los diferentes grupos afectados (personal no familiar, especialmente el de confianza del líder que traspasa el mando, familia, propietarios, clientes, proveedores)” (Ruiz Restrepo, 2015).

La sucesión abarca toda la información profesional y el desarrollo del joven y futuro jefe, esto exige pensar a largo plazo; por tanto, el problema surge cuando ya ha pasado el momento para examinarlo eficaz y razonablemente. Por ello, las dificultades suscitadas en torno al futuro de la empresa luego de la sucesión de su líder o fundador, permiten vislumbrar la importancia de establecer un plan de sucesión previo, como podría realizarse mediante un protocolo de familia. Este punto, no obstante, será analizado más adelante.

1.4. Órganos de gobierno de las Sociedades de Familia

En las sociedades de familia, la gobernabilidad es con frecuencia el talón de Aquiles, puesto que se caracterizan por la concentración del poder administrativo en cabeza del fundador de la empresa –quien es, simultáneamente, la cabeza de la familia–, lo que deriva en una estructura de gobierno verticalizada y débil. Para remediar este problema resulta imperiosa la creación de órganos de gobierno y administración que permitan equilibrar y limitar las funciones de cada subsistema de la sociedad familiar (familia, empresa y propiedad); garantizando así un modelo armónico de poder que asegure su crecimiento y mantenimiento en el tiempo.

Los órganos de gobierno comunes a todos los tipos societarios son la asamblea de accionistas, la junta directiva, el representante legal y el revisor fiscal; de extenso desarrollo doctrinario, normativo y jurisprudencial. En la presente investigación, no obstante, se tratarán los órganos de gobierno propios de las sociedades de familia en razón de su especial conformación, a saber, la asamblea familiar y el consejo familiar. Éstos son creados en virtud de la cláusula de autonomía de la voluntad privada que rige las sociedades de comercio en el ordenamiento jurídico colombiano, toda vez que no tienen carácter obligatorio y su creación es prerrogativa exclusiva de los miembros de la sociedad.

Sin embargo, pese a su carácter dispositivo, los órganos de gobierno de la sociedad familiar resultan en extremo importantes para asegurar el buen desarrollo de la actividad social y la armonía de las relaciones entre los subsistemas de la sociedad familiar, en correspondencia con las reglas de Gobierno Corporativo; por ello, es recomendable su incorporación a la sociedad, ya sea ésta estatutaria o protocolar. En palabras de Casillas et. al., *“las empresas familiares, por sus características propias, necesitan diseñar un sistema de gobierno adecuado para sus características particulares, que garanticen la defensa de todos los agentes involucrados en la misma, a pesar de su heterogeneidad”* (Casillas, Díaz, & Vásquez, 2005, pág. 105).

A nivel mundial, varias han sido las instituciones que han abordado este tema y recomiendan la creación de los órganos de gobierno familiar, como: el Instituto de la Empresa Familiar y el Foro Mundial de la Empresa Familiar. En Colombia dichas recomendaciones las podemos encontrar en la Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para sociedades cerradas y de familia, la cual fue promovida por la Cámara de Comercio de Bogotá, Confecámaras y la Superintendencia de Sociedades.

Así las cosas, a continuación se relacionan los órganos de gobierno propios de las sociedades de familia, sin perjuicio de aquellos órganos de gobierno comunes a todos los tipos societarios, y que pueden coexistir con éstos en una sociedad familiar.

1.4.1. La Asamblea Familiar

La Asamblea Familiar es un órgano que representa a toda la familia –tanto accionistas y/o empleados, como aquéllos que no ostenten tales calidades–, y que cumple una función informativa, de debate y comunicación, pero no tiene carácter decisorio y, por tanto no incide de forma directa en el curso de la sociedad. Esta institución pretende hacer que todos los miembros de la familia se agrupen –trabajen o no en la compañía, sean o no propietarios– para informar a la familia sobre los asuntos legales y económicos, tanto de la sociedad como de la familia misma.

*“Es un foro para mantener a la familia al tanto de la marcha de la empresa, definir las relaciones entre empresa y familia y fomentar el intercambio de opiniones entre los miembros de la misma”***Fuente especificada no válida.** (Barcaldo , 2013)

Dentro de sus funciones principales están: escoger el Consejo de Familia; dictaminar los principios, valores y objetivos de la familia en relación directa con la compañía; informar periódicamente de la marcha de la empresa; fomentar la discusión libre y cordial entre los

diferentes puntos de vista de cada miembro de la familia y, en ese sentido, permite encontrar aquellos puntos críticos que puedan afectar la sociedad.

Dentro de la guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia se recomienda, en la Medida 27, que: *“Las sociedades de familia tendrán un órgano denominado Asamblea de Familia, conformado por los miembros unidos entre sí por vínculos consanguíneos y único civil, con respecto de aquellos accionistas o socios de la sociedad de familia, en la forma en que lo establezca el Protocolo de Familia. La Asamblea de Familia servirá de órgano consultivo para el Consejo de Familia, y elegirá a los miembros de éste”* (Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009).

En conclusión, puede ser útil para la sociedad de familia que ésta tenga en funcionamiento instalada la Asamblea Familiar, porque desde allí se establecen las bases de la sociedad y se fortalece el ambiente para la toma de decisiones de los órganos societarios.

1.4.2. El Consejo Familiar

Alejado también de los órganos obligatorios de la sociedad y, en un entorno familiar, éste es el órgano o institución que representa a la familia en la sociedad familiar. Tiene carácter decisorio, y su principal función es lograr acuerdos y tomar decisiones sobre los asuntos concernientes a la familia en relación con la sociedad. Según *Amat* –y como se puede observar en la figura número 1–, *“el Consejo de Familia es la estructura de gobierno que sirve de nexo entre la familia y la empresa, que se constituye como vehículo de encuentro para comunicar los planes de la empresa a la familia, y los de la familia a la empresa. Esto es, el órgano que regula el funcionamiento de la familia empresarial (que no necesariamente es una sociedad), y, en*

especial, de las relaciones de la familia con sus actividades empresariales y extra-empresariales ligadas a la empresa y/o al patrimonio familiar (La continuidad de la empresa familiar, 2001).



Figura 1: Órganos de Gobierno dentro de las Sociedades de Familia.

Fuente: Protocolo y Consejo Familiar: Claves en el Gobierno de una Familia Empresaria.

Este órgano, al ser el principal órgano de comunicación de la empresa familiar, está integrado por todas las generaciones de la familia, sea que trabajen o no en la empresa. Es de gran ayuda para definir la gestión que cumple el patrimonio dentro de la familia, y es el órgano encargado de suscribir el protocolo familiar buscando un consenso acerca de lo que debe estar regulado.

Es el órgano o foro apropiado para discutir o conversar las situaciones especiales o extraordinarias de los miembros familiares en relación con la empresa y la propiedad, de manera que éstas se mantengan al margen de la empresa, por lo que se trata especialmente aquellas situaciones que nunca encuentran el momento para ser tratadas. *“En lugar de arruinar el almuerzo dominical con la familia, o el matrimonio de un sobrino, o cualquier otra circunstancia familiar o social, el Consejo Familiar es el momento y el lugar propicio para tratar temas importantes, como por ejemplo la entrada de un hijo a la empresa. Debe ser, en consecuencia,*

tan formal como una reunión de Directorio. De otro modo, pierde su importancia dentro del sistema de gobierno de la empresa familiar.” (Martinez & Jon, 2006).

Dentro este órgano se transmiten, por medio de reuniones familiares, los valores, las tradiciones e historia de la sociedad a la familia y, sobre todo, a los miembros más jóvenes; de modo que sirve como puente entre los diversos subsistemas de la sociedad familiar. Se recomienda que sus reuniones sean periódicas, y que exista un calendario fijo dentro del protocolo de familia.

De acuerdo con Masea, los principales temas a tratar por el Consejo de Familia se recogen en las siguientes ideas:

- *Filosofía del negocio familiar*
- *Misión de la familia: cultura familiar y su papel en el negocio*
- *La familia en la sociedad: filantropía, actividades cívicas, política*
- *El papel de los miembros de la familia en el negocio*
- *Responsabilidades familiares como propietarios*
- *El papel del negocio en el apoyo de los objetivos de los miembros de la familia*
- *Educación de los miembros de la familia en todas las áreas*
- *Participación de los miembros de la familia en el negocio*
- *Planificación de la herencia de los propietarios*
- *Asignación de capital: dividendos, beneficios, deuda y reinversión*

- *Liquidez para los accionistas* (Masea, Arosa, & Iturralde).

Dentro de la guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia se establecieron, además, recomendaciones respecto de este órgano, concercientes a su conformación, miembros y funciones, así:

“Medida 28. Las sociedades de familia tendrán un órgano denominado Consejo de Familia, conformado por los miembros de la Asamblea de Familia y sus representantes, elegidos por la Asamblea de Familia, conforme a lo dispuesto en el Protocolo de Familia.

Medida 29. El Consejo de Familia tendrá como mínimo las siguientes funciones: • Servir como órgano consultivo para la Junta Directiva de la sociedad de familia. • Decidir los asuntos que hacen referencia a las relaciones de los miembros de la familia con la sociedad de familia. • Elegir a los representantes de la familia que serán candidatos a ocupar cargos dentro de los órganos de gobierno de la sociedad de familia. • Suscribir el Protocolo de Familia. • Velar por la divulgación y el cumplimiento del Protocolo de Familia.

Medida 30. El Consejo de Familia establecerá el procedimiento y los criterios mínimos para presentar candidatos al plan de sucesión del ejecutivo principal.

Medida 31. El Consejo de Familia de las sociedades de familia deberá suscribir un Protocolo de Familia o acuerdo similar donde se regule el manejo entre familia, negocio y propiedad”.

La importancia de la existencia de estos órganos de familia, pese a que no tengan carácter societario, reside en su utilidad como herramienta de gobernabilidad en la familia, en tanto que sus relaciones repercuten eventualmente en el desarrollo societario. Además, según se ha visto, el Consejo de Familia es el camino idóneo para la suscripción del protocolo de familia, sin perjuicio, claro está, de la ruta que suponen los acuerdos de accionistas, como se verá en el tercer capítulo.

1.5. Marco teórico de la regulación de las Sociedades de Familia en Colombia

El desarrollo del Derecho Mercantil ha sido, por excelencia, consuetudinario (Bernal, 1989). Ello se debe en gran parte a la enorme influencia de las filosofías liberales y el papel fundamental que ostenta la libre autonomía de la voluntad privada, piedra axial de esta área del Derecho. Como recuerda Rosado Fernández de Castro, citando a Pinzón, *“es necesario tener presente que casi la totalidad de las normas legales sobre sociedades han tenido una elaboración consuetudinaria, mediante los pactos o reglas meramente contractuales que ha ido generalizando y decantando la experiencia de los comerciantes, para ir elaborando reglas de derecho consuetudinario”* (Los acuerdos entre accionistas, 1998).

Muestra de ello es también la regulación normativa sobre las *sociedades de familia*, en cuanto a su definición, elementos, requisitos de conformación y de existencia. Dado que, ante la falta de regulación expresa en el ordenamiento jurídico colombiano sobre este modelo societario, su construcción es casi en su totalidad consuetudinaria y analógica. Esto último, debido a que las sociedades de familia se rigen por el régimen general de sociedades del Código de Comercio; toda vez que a una misma causa de hecho (es decir, sociedades constituidas por vínculos de

parentesco o no) se le puede aplicar una misma disposición de derecho (Régimen de sociedades del Código Comercio).

1.5.1. Constitucional

Es importante resaltar lo que la Constitución Política de Colombia ha entendido por el concepto de familia. En el artículo 42 superior se establece que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por voluntad responsable de conformarla (...)”*. Igualmente, se admite la unión marital de hecho regulada por la Ley 54 de 1990, además de los vínculos civiles, es decir, la adopción.

El ordenamiento jurídico colombiano protege la familia en general, sin tener en cuenta el origen de este vínculo, es decir, se protege tanto la familia matrimonial, como extramatrimonial, y civil. A modo de ejemplo se encuentra la Ley 495 del 1999, que en su artículo 4° no establece diferencia alguna en el trato para constituir patrimonio familiar entre hombre y mujer unidos mediante matrimonio o compañeros permanentes, e igualmente entre los hijos de éstos y de aquéllos.

Encontramos así, en el ordenamiento jurídico colombiano, una definición clara en cuanto al concepto de familia; sin embargo, no sucede lo mismo con el concepto de sociedad de familia.

La Constitución Política en Colombia también regula el derecho de asociación, otorgando libertad a las personas naturales o jurídicas⁴ de constituirse en sociedad para desarrollar actividades y proyectos de interés común a las partes, y refuerza su reconocimiento a través de la

⁴ La sociedad por acciones simplificadas (S.A.S.) puede ser conformada por personas naturales o jurídicas, según lo establece el Artículo 1° de la Ley 1258 de 2008.

suscripción de diversos tratados internacionales. Para el caso, en el artículo 38 constitucional se consagra el derecho en mención: “*Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad*”; igualmente reconocido en los siguientes tratados internacionales suscritos por Colombia: La Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, ratificado mediante la ley 16 de 1972, art. 20-2; y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos ratificado por la ley 74 de 1968, artículo 22.

De manera que, si bien en la Carta Política colombiana no se halla una definición delimitada de *sociedad de familia*, en sus principios constitucionales están dadas las bases de cualquier delimitación conceptual que se pretenda –así como las de su ejercicio en el mundo societario–, mediante la consagración de los derechos referenciados, concernientes a la familia y la libertad de asociación.

1.5.2. Normativo

En el Código de Comercio se encuentra regulado así mismo el contrato de asociación, en su artículo 98, desarrollo del artículo 38 constitucional, respaldado por los tratados internacionales y la jurisprudencia Colombiana.

ARTÍCULO 98. “*Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social.*

La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”.

Aunado a ello, si bien en el ordenamiento colombiano no hay regulación específica sobre las sociedades de familia, la legislación mercantil las reconoce en dos artículos del Código de Comercio –Decreto 410 de 1971, y en adelante, C. de Co– ubicados en el libro II “De las sociedades comerciales”, a saber, los artículos 102 y 435.

ARTÍCULO 102. Será válida la sociedad entre padres e hijos o entre cónyuges, aunque unos y otros sean los únicos asociados. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas.

ARTÍCULO 435. No podrá haber en las juntas directivas una mayoría cualquiera formada con personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o primero civil, excepto en las sociedades reconocidas como de familia. Si se eligiere una junta contrariando esta disposición, no podrá actuar y continuará ejerciendo sus funciones la junta anterior, que convocará inmediatamente a la asamblea para nueva elección.

Carecerán de toda eficacia las decisiones adoptadas por la junta con el voto de una mayoría que contraviniera lo dispuesto en este artículo. (Subrayado fuera del texto).

De la interpretación de los artículos referenciados –ya sea explícita o implícitamente– se desprende el reconocimiento de las sociedades de familia en el régimen general de sociedades colombiano. El artículo 102 establece la validez de las sociedades entre parientes próximos, donde una de sus características esenciales es la calidad de sus elementos subjetivos, regida por el parentesco, la afinidad o los vínculos civiles. Por otro lado, el artículo 435 reconoce las sociedades de familia por excepción, al prohibir la conformación de mayorías ligadas por

parentesco o algún otro vínculo familiar –afinidad o civil– en las juntas directivas societarias, pero excluyendo de dicha prohibición a las “*sociedades reconocidas como de familia*”.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 187 de 1975, por medio del cual se dictan disposiciones reglamentarias en materia de impuesto sobre la renta y complementarios, establece en su artículo 6° lo que se debe entender por sociedad de familia⁵.

ARTÍCULO 6°. Se considera de familia la sociedad que esté controlada económica, financiera o administrativamente por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.

Este artículo establece entonces dos requisitos para que una sociedad sea considerada como tal: i) la existencia de un control, económico, financiero o administrativo, y ii) que dicho control sea ejercido por personas ligadas entre sí por matrimonio o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o único civil.

Este decreto está acorde con algunas disposiciones legales del concepto restringido de familia⁶, como son los artículos 874 del Código Civil y 4° de la Ley 495 de 1999, que doctrinaria y consuetudinariamente han admitido como familia la agrupación de personas formadas por el padre, la madre y los hijos.

De conformidad con todo lo anterior, se entenderá que una sociedad tiene el carácter de familia cuando exista entre dos o más socios un parentesco de segundo grado de consanguinidad (padre, madre, hijos o hermanos), único civil (padre o madre adoptante o hijo adoptivo) o estén

⁵ Esto no quiere decir que aplique únicamente para el tema de impuestos, este es uno de los pocos conceptos que se han dado en razón de las sociedades de familia, y se usa como una simple interpretación.

⁶ Este concepto está consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política de Colombia:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

unidos entre sí matrimonialmente, siempre y cuando los socios así relacionados ejerzan sobre la sociedad un control económico, financiero o administrativo.

Esta definición de sociedad de familia provista por el ordenamiento jurídico colombiano actual es la aplicable para efectos de lo relativo al artículo 435 del C. de Co desarrollado anteriormente; sin embargo, puede resultar inadecuada para la definición en abstracto de este tipo de sociedades, ya que el estudio de las sociedades de familia atiende a otras realidades. Independientemente del tipo societario que estas sociedades acojan, su conformación en la práctica atiende a un concepto de familia más amplio: con frecuencia se encuentran constituidas por grupos de tíos, primos, hermanos, sobrinos, abuelos, nietos, padres, entre otros; en las sociedades de familia más lóneas, en las que ya se ha producido el cambio generacional, es muy poco probable que entre los miembros aparezca un vínculo de segundo grado de consanguinidad, pues tienen evidentemente un parentesco más alejado que el que prescribe la normatividad señalada actual; de manera que ésta, además de ser inadecuada, se queda corta o incompleta para las sociedades complejas conformadas, por ejemplo, por primos.

En vista de esto, y buscando que no se desnaturalice la sociedad de familia; es recomendable ostentar un concepto de familia amplio y, en especial, consciente de las circunstancias particulares de cada grupo familiar. En últimas, una sociedad familiar es aquella conformada por sujetos que detentan un vínculo familiar que les permite el control cerrado de la misma, y donde las relaciones se proyectan en el campo de la empresa, la familia y la propiedad.

CAPÍTULO II

“El secreto de éxito en las familias empresarias radica en la clase de familia que es, y en los valores y principios que se transmiten a las nuevas generaciones”

Gonzalo Gómez-Betancourt, consultor senior para empresas familiares.

RÉGIMEN DE SOCIEDADES EN COLOMBIA: S.A.S. COMO SOCIEDAD DE FAMILIA

En vista de que el concepto de sociedad de familia es ante todo una construcción consuetudinaria y una realidad empírica, pues no está previsto en nuestra legislación un arquetipo propio de estas sociedades; en el presente capítulo se propone un análisis de los tipos societarios existentes en la actualidad dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a efectos de determinar cuál es el tipo societario idóneo para una sociedad de carácter familiar.

Posteriormente, se realizarán algunas consideraciones respecto del postulado de la autonomía de la voluntad privada, y su incidencia en el fenómeno de la sociedad familiar.

2. Estructura societaria de la sociedad de familia

Las sociedades de familia no tienen una regulación especial en el ordenamiento jurídico colombiano; no obstante, esta condición ofrece un campo de acción más amplio, que permite a los grupos familiares asociarse bajo el tipo societario contemplado entre las opciones del Régimen General de Sociedades colombiano, que mejor se ajuste a sus condiciones particulares, y sirva de vehículo para el desarrollo del objeto social pretendido.

2.1. Las sociedades del Código de Comercio (Régimen general)

“Las sociedades mercantiles están reguladas estructuralmente por el Código de Comercio (Decreto 410 de 1971) y por la Ley 222 de 1995, pero indirectamente (y en ocasiones con gran eficacia) por estatutos complementarios como el Tributario (Decreto 624 de 1989), el Contable (Decreto 2649 de 1993), el de servicios públicos domiciliarios (Ley 142 de 1994) y el del sector eléctrico (Ley 143 de 1994), el estatuto orgánico del sistema financiero (Decreto 1730 de 1991) y el régimen de contratación administrativa (Ley 80 de 1993)” (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 30) (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 30).

Dentro del Código de Comercio de la República reunificada, heredado del Código de Comercio de Panamá, se conocieron y regularon cuatro tipos de sociedades: La Anónima, Las Comanditas Simples y por Acciones, y la Colectiva. Cada una de ellas con diferentes características, tomadas del Código de Andrés Bello, pero con aplicación a actividades que no tuvieran carácter mercantil.

De acuerdo con Narváez García, *“la regulación sobre sociedades mercantiles contenidas en el Libro Segundo del C. de Co, presenta una nítida separación entre las disposiciones generales, comunes a todas, y las que tipifican cada una de las formas asociativas tradicionales: Colectiva, comandita simple, comandita por acciones, de responsabilidad limitada, anónima y de hecho. En realidad sus peculiaridades específicas no se estructuran en los requisitos de fondo del contrato del cual nacen ni en las condiciones para su existencia sino en las previsiones legales sobre la responsabilidad que asumen los asociados, la integración y división del fondo o capital social, los órganos sociales obligatorios o facultativos y los motivos particulares que determinan su disolución”* (Derecho mercantil colombiano: Tipos de sociedad, 1998).

Sus características, en razón de sus necesidades particulares, eran, a grandes rasgos: *“la colectiva, cerrada, íntimamente personal, enfocada más a la persona y responsabilidad de los asociados que al negocio mismo; la anónima, despersonalizada, con marcado acento en los aportes y en el capital, con posibilidades de abrirse al máximo para permitir el desarrollo de grandes negocios en los cuales el papel de la persona natural asociada se desdibuja y desaparece en la práctica. Y las comanditas, unión acertada del capital de trabajo, con socios de diversas categorías.”* (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 37) (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 37).

Aunque la doctrina encuentra diversos criterios para la clasificación de los modelos societarios, el legislador colombiano acogió el que creyó más conveniente por corresponder a un factor objetivo: el fraccionamiento del capital social. De esta forma, dentro de la normatización mercantil se pueden distinguir las sociedades por parte de interés (Colectiva y De hecho, ésta última carece de personalidad jurídica) sociedades por cuotas (de Responsabilidad Limitada y en Comandita Simple) y sociedades por acciones (Anónima y en Comandita por Acciones) (Narváez García, Derecho mercantil colombiano: Tipos de sociedad, 1998), y recientemente la Sociedad por Acciones Simplificada.

No obstante, para efectos de claridad conceptual, la el análisis de los modelos societarios en la presente investigación se efectuará atendiendo a un criterio bifocal: la división entre sociedades de personas y sociedades de capital, en atención a la forma en que se maneja la responsabilidad de los asociados por las operaciones sociales. Así, se tiene que son sociedades de personas la sociedad Colectiva, y las sociedades en Comandita, Simple y por Acciones. Y son sociedades de capital la sociedad de Responsabilidad Limitada,

A continuación, se relacionan los modelos societarios mencionados, sus principales elementos y características esenciales, junto a un sucinto análisis de sus ventajas y desventajas respecto de la sociedad de familia; y, en últimas, se determinará cuál de todos los tipos de sociedades es el que mejor se compagina con los propósitos de la sociedad familiar.

2.1.1. Sociedades de personas

2.1.1.1. La Sociedad Colectiva

Este tipo societario se centra alrededor de los asociados, es decir, es *intuitio personae*, por lo que establece un modelo de responsabilidad ilimitada para todos sus asociados, consagrado en el artículo 294 del C. de Co, así:

ARTÍCULO 294. Todos los socios de la sociedad en nombre colectivo responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita. (...) (Subrayado fuera del texto).

En relación con la cesión de cuotas de interés social, el artículo 301 del C.co establece que debe hacerse por medio de reforma estatutaria aún cuando se haga en favor de otro socio, y se advierte que de todas formas el cedente no queda liberado de su responsabilidad por las obligaciones sociales anteriores, sino transcurrido un año después de la fecha de la inscripción de la cesión.

El artículo 310 del mencionado código, establece que la administración de la sociedad “*corresponde a cada uno de los socios, pudiendo éstos delegar dicha función en sus consocios o terceros, en este caso los delegantes quedan inhibidos para administrar los negocios sociales, de tal forma que los delegados asumen las mismas facultades conferidas a los socios*

administradores por ley o por los estatutos, salvo las limitaciones que expresamente se les imponga”.

En este tipo de sociedad, como lo establece el artículo 316 del C. de Co, para la toma de decisiones *“se requiere del voto unánime de los socios o de los delegados para los siguientes asuntos: la transferencia de partes de interés, el ingreso de nuevos socios, cualquier reforma estatutaria y la enajenación de la totalidad o mayor parte de los activos sociales, salvo si en los estatutos se dispone otra cosa. Las demás decisiones se aprueban por la mayoría absoluta de los votos, salvo estipulación en contrario. Cada socio tendrá derecho a un voto en las juntas”.*

En el evento de fallecimiento de uno de los socios, para asegurar la continuidad de la sociedad, el artículo 320 establece que el derecho queda en cabeza de los herederos en calidad de socios, advirtiéndole que para tal efecto éstos deben tener capacidad para ejercer el comercio y se requiere la solemnización del respectivo cambio mediante reforma estatutaria; la sanción por no cumplir con esta condición es la disolución de la sociedad (artículo 319.1 del C. de Co).

Ahora bien, respecto de las sociedades de familia, puede establecerse lo siguiente sobre la sociedad colectiva: En primer lugar, puede verse cómo la continuidad de la sociedad está regulada por la ley, lo que puede eventualmente consituir una ventaja para la sociedad de familia, pues habiendo disposición legal supletoria, se hace en principio innecesaria su regulación mediante Protocolo de Familia, dejando libre esta herramienta para normativizar otros asuntos.

Precisamente, por ser esta una sociedad donde no hay separación de patrimonios y se mezcla el patrimonio social con el patrimonio de cada socio, tiene mucho sentido pactar un Protocolo de Familia e incorporarlo como obligatorio para los socios; mediante el cual se regulen las relaciones económicas de la sociedad misma, que a la larga serán las obligaciones de cada

uno de los socios, pues son éstos quienes “*administran el patrimonio y representan a la persona jurídica, el capital y los aportes carecen de toda importancia (hasta el punto de que a aquel ni siquiera se le menciona en su articulado) y las causales de disolución se refieren todas a incidentes que afectan a los socios. (arts. 310 a 319 C. de Co)*” (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 37) (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 37).

Además, de ser incorporado a este tipo de sociedad, el Protocolo de Familia puede resultar bastante útil, si se toma en consideración que la ley y los estatutos permiten acordar otras mayorías decisorias.

Con todo, no obstante, no resulta muy apropiado este tipo societario para una sociedad de familia, puesto que una de las finalidades pretendidas con la constitución de una sociedad de familia es precisamente la separación de patrimonios, de manera que el patrimonio de cada socio no se confunda con el patrimonio social, que vendría a ser, a su vez, el patrimonio familiar. Generalmente se pretende la separación tajante de patrimonios en una sociedad familiar, a efectos de delimitar de forma estricta los subsistemas *propiedad, empresa y familia*; y, aunque el Protocolo de Familia pueda ser de mucha ayuda para controlar múltiples situaciones, es la ley misma la que finalmente consagra el modelo de solidaridad ilimitada, haciéndolo indisponible.

2.1.1.2. La Sociedad en Comandita Simple

Este tipo societario se halla contemplado en nuestra legislación en el artículo 323 del C. de Co, que determina que la Sociedad en Comandita se formará siempre entre uno o más socios que comprometen solidaria e ilimitadamente su responsabilidad por las operaciones sociales, y otro o varios socios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominan socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios.

Para efectos de la razón social, se consagra que ésta se formará con el nombre o sólo el apellido de uno o más socios colectivos; esto da cuenta de quiénes son las personas a cuyo cargo está la gestoría. Si el nombre no está conformado según el artículo 324 de C. de Co, se producirá una conversión de la sociedad, cuyo efecto es que se presuma, para todos los efectos, que la sociedad es de derecho colectiva.

Se permite estipular en los estatutos sociales la forma de distribuir las utilidades entre los socios gestores y comanditarios, pero a falta de estipulación a este respecto, por disposición legal, las utilidades se distribuirán entre los comanditarios a prorrata de sus cuotas o acciones, pagando previamente el beneficio de los socios gestores (artículo 332 del C. de Co).

Un punto de especial relevancia para esta investigación es aquél relacionado con la sucesión familiar dentro de la sociedad comanditaria. Para tal fin se aplica lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 333 del C. de Co, en el que se contempla como causal especial de disolución en este tipo societario la muerte de uno de los socios gestores, ya que son estos quienes responden solidaria e ilimitadamente, tal y como pasa en la sociedad colectiva. Por tal razón, en este evento, el artículo 319.1 del C. de Co establece que se podrá continuar la sociedad con los herederos del difunto o los socios supérstites, si esto se encuentra previamente establecido en los estatutos societarios.

Para la toma de decisiones en reuniones de junta directiva, cada socio gestor tendrá un voto, pero los votos de los socios comanditarios se determinarán conforme al número de cuotas o acciones de cada uno. (Artículo 336 del C. de Co).

Respecto de la cesión de partes de interés, tanto para los socios colectivos como para los socios comanditarios, la decisión debe constar en escritura pública y posteriormente inscribirse en

el registro mercantil. Es pertinente además resaltar que el quórum requerido para la cesión de las partes de interés de un socio colectivo exige aprobación unánime de los socios y, para el comanditario, el voto unánime de los demás socios comanditarios (Artículo 338 del C. de Co).

Según el artículo 341 del C. de Co, en lo no previsto, respecto de los socios comanditarios se aplicará las disposiciones de la Sociedad por Responsabilidad Limitada, mientras que para los socios gestores se aplicarán las normas de las Sociedades Colectivas.

Las ventajas y desventajas de este tipo societario se analizarán en el próximo apartado sobre las Sociedades en Comandita por Acciones, en conjunto con las referidas a éste último.

2.1.1.3. La Sociedad en Comandita por Acciones

Al igual que la Sociedad en Comandita Simple, este tipo de sociedad se conforma por socios gestores o colectivos, que comprometen su responsabilidad solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales, como en la Sociedad Colectiva; y por socios comanditarios o accionistas, que limitan su responsabilidad a sus respectivos aportes, asumiendo en este caso las reglas de una Sociedad Anónima.

En este modelo societario, la regulación para el voto en las reuniones de la junta directiva se aplica según las normas de la sociedad Colectiva o Anónima, dependiendo de si se trata de socios gestores o comanditarios. De igual manera, lo concerniente a la distribución de utilidades, toda vez que estos temas no están regulados expresamente en el título IV del C. de Co, y el artículo 352 remite a las mencionadas normas.

También, respecto de su conformación debe señalarse que, de conformidad con el artículo 343 del C. de Co, éstas no pueden constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas. Esta

limitante para su conformación, a pesar de reducir los esfuerzos de cónyuges o hermanos que quieran constituir una sociedad de carácter familiar bajo este tipo asociativo, no impide que mientras cumplen el requisito mínimo de asociados, adopten otro cuerpo y puedan llegar posteriormente a la transformación⁷, sin necesidad de afectar el control de la sociedad por parte de la familia, o la continuidad generacional.

Por otro lado, los tipos societarios en Comandita –ya sea simple o por Acciones– establecen diferencias entre los socios comanditarios y gestores, respecto de su responsabilidad frente a las operaciones sociales, característica que no es propia de una sociedad familiar, pues dentro de las mismas se espera que no haya un trato diferenciador entre los socios familiares, siendo éste uno de los principales valores de este tipo societario (Gallo M. A., La sucesión en la empresa familiar, 1998).

Para finalizar, y en razón a lo anteriormente analizado, cabe hacer una conclusión histórica de gran importancia. La solidaridad de los socios gestores (principal y directa) en las sociedades en Comandita no es subsidiaria o condicionada, como sí pasa en la Sociedad Colectiva; esto haría suponer que este tipo societario contase con el mismo desagrado o animadversión que se tiene hacia la Sociedad Colectiva, más no ocurre así, pues de manera especial se ha contado con este tipo societario para la constitución y manejo de patrimonios familiares, toda vez que aunque la solidaridad afecte hipotéticamente al gestor, en contraprestación se le otorga un alto grado de

⁷ La transformación según el C.co, artículo 167, consiste en adoptar otra de las formas societarias reguladas en ley; esto quiere decir que no hay solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona, ni en sus actividades, ni en su patrimonio.

Por su parte, la conversión fue regulada en la Ley 222 de 1995 de la siguiente manera: *ARTÍCULO 77. CONVERSION A SOCIEDAD. Cuando por virtud de la cesión o por cualquier otro acto jurídico, la empresa llegare a pertenecer a dos o más personas, deberá convertirse en sociedad comercial para lo cual, dentro de los seis meses siguientes a la inscripción de aquélla en el registro mercantil se elaborarán los estatutos sociales de acuerdo con la forma de sociedad adoptada. Estos deberán elevarse a escritura pública que se otorgará por todos los socios e inscribirse en el registro mercantil. La nueva sociedad asumirá, sin solución de continuidad, los derechos y obligaciones de la empresa unipersonal.*

estabilidad dentro de la estructura societaria, ejemplo de ello es la cesión del interés del gestor y el cambio de la persona misma, lo que requiere una reforma estatutaria (arts. 329, 338 y 340 del C. de Co) y debe contar con la misma aprobación del socio gestor, so pena de nulidad absoluta (art 190 C. de Co) (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 37) (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 37).

En palabras de Sanín Bernal, *“en las comanditarias de familia que soportan y manejan patrimonios más o menos inactivos el fantasma de la solidaridad tiende a desaparecer porque la sociedad no es proclive a asumir obligaciones, esa solidaridad teórica del gestor es un precio nominal de su propia estabilidad que bien debe pagarse para desalentar los ímpetus e intentos de los comanditarios por que se produzcan cambios en la gestoría.”* (1999, pág. 39) (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 39).

Ahora bien, de conformidad con lo anteriormente establecido, y a manera de conclusión de lo hasta ahora expuesto, es posible identificar como rasgo característico de las Sociedades Colectivas la esencia de una verdadera sociedad de personas, sin ningún límite de responsabilidad de los socios frente a la sociedad y terceros. Mientras que en las Sociedades en Comandita – simple y por acciones–, es considerado un avance limitar la responsabilidad de los socios comanditarios al monto de su aporte, y mantener la solidaridad ilimitada para los socios gestores.

Así, en razón de los tres tipos de sociedades expuestos con anterioridad, puede concluirse que por ser sociedades de personas, es decir, una asociación constituida *intuito personae*, en razón de cada sujeto, *“los socios continúan respondiendo con su propio patrimonio por las obligaciones del ente societario”* (Rengifo, 2012); característica típica de todos los socios de la Sociedad Colectiva y de los socios gestores o colectivos de las sociedades en Comandita. En vista

de ello, ésta última fue de manera tradicional usada por las familias como un vehículo de transferencia y precautelacion patrimonial; sin embargo, hoy en día este tipo societario no resulta ventajoso para las sociedades de familia, pues una de sus principales problemáticas radica en la ausencia de división patrimonial entre aquél de la sociedad familiar y el patrimonio propio de la familia, produciéndose una confusión que las sociedades de familia generalmente quieren evitar. Y, como ya fue referenciado, estos tipos societarios están lejos de brindar solución alguna, puesto que la solidaridad ilimitada entre los socios es un mandato legal y, en ese sentido, queda por fuera del campo de regulación autónoma de la voluntad privada.

Así las cosas, tenemos que hasta este punto se ha hecho un breve acercamiento a las sociedades de personas, con el fin de buscar la utilidad de éstas para las sociedades cuyos miembros están ligados por vínculos familiares.

Pasaremos ahora a la exposición de las sociedades que limitan la responsabilidad de los socios hasta el monto de su aporte, conocidas como sociedades de capital; y el respectivo análisis de su utilidad para las sociedades de familia.

2.1.2. Sociedades de capital

2.1.2.1. La Sociedad de Responsabilidad Limitada

En las compañías de Responsabilidad Limitada los socios responden hasta el monto de sus aportes, como lo señala el artículo 353 del C. de Co, pudiéndose además estipular en los estatutos para todos o para alguno de los socios una mayor responsabilidad o prestaciones accesorias. No obstante, al ser este un tipo de sociedad en la cual los socios limitan su responsabilidad hasta sus aportes, siguen manteniendo una relación con la sociedad pues, como lo describe el profesor

Rengifo, *“la relación socio-sociedad es de carácter personal o intersubjetiva”*. (Personas Jurídicas De Derecho Privado, 2012, pág. 69).

El capital de la sociedad debe ser pagado completamente al momento de constituirse la misma; está dividido en cuotas de igual valor, y los socios tienen la obligación de responder solidariamente sólo por el valor correspondiente a sus aportes en especie (Artículo 354 C.co).

Se exige que la denominación o razón social esté seguida de la palabra Limitada “Ltda.”, y de no ser así, según el artículo 357 del C. de Co, hará responsables a los asociados solidariamente e ilimitadamente frente a terceros.

Las decisiones de la asamblea de socios, en las cuales cada socio tiene tantos votos como cuantas cuotas posea en la compañía, se toman por una mayoría absoluta en principio, salvo que por disposición estatutaria se contemple una mayoría decisoria superior (Artículo 359 C. de Co).

La cesión de cuotas de los socios, regulada en el artículo 362 del C. de Co, implica reforma estatutaria, y debe integrar el representante legal, el cedente y el cesionario.

El número máximo de socios es 25 y, conforme al artículo 356 del C. de Co., habrá nulidad de pleno derecho cuando la sociedad se constituya con un número mayor, y también si durante su existencia se excediera este límite; por lo que se concede un término de dos meses siguientes a la ocurrencia de este hecho para transformarse en otro tipo de sociedad o reducir el número de socios. Además, cuando esta reducción conlleve a una disminución del capital social, deberá pedirse permiso a la Superintendencia de Sociedades, so pena de verse disuelta la sociedad al vencer el término de los dos meses.

Llegados a este punto, si se tratase de una sociedad de familia constituida como una sociedad de responsabilidad limitada, es importante plantear el siguiente problema: ¿qué pasaría si, como resultado de una sucesión, quedan más de 25 socios? Una de las posibles soluciones a plantear es la transformación de la sociedad en otro tipo societario, que se acomode a las circunstancias con más de 25 socios (herederos de la sociedad familiar); o que uno o algunos de los socios cedan las respectivas cuotas a otro miembro familiar, para evitar que la sociedad deba ser transformada o disuelta y, de esa forma, mantener el control en manos de la familia. No obstante, de esta última “solución” se desprende una nueva problemática, referida a la posibilidad de conflictos de intereses en la determinación del asociado al que deberían cederse las cuotas del asociado.

Este mismo problema se puede presentar cuando en sociedades en las cuales se ha suscrito un Protocolo de Familia, y se ha dispuesto que ninguno de los que son o llegaren a ser socios pueden ceder sus cuotas societarias. En consecuencia, podría presentarse que como resultado de una sucesión la sociedad llegase a estar conformada por más de 25 socios. Ante esta situación, puede referirse la misma solución propuesta para el problema anterior, ajustándose así a las disposiciones legales contenidas en el Código de Comercio o en el mismo protocolo, pero resultando a todas luces inconveniente para la sociedad familiar el tener que transformar su modelo societario. Por último, y no menos importante, es el tema de la sucesión dentro de este tipo societario. Conforme al C. de Co en su artículo 368, existe la posibilidad de que la sociedad continúe con uno o más herederos, pudiéndose no obstante estipular en contrario, o disponiéndose dentro de los estatutos que dentro del plazo allí señalado uno o más de los socios sobrevivientes puedan adquirir las cuotas de la sociedad, pagándolas al valor comercial de las cuotas a la fecha de la muerte del difunto.

Ahora bien, en razón de las características de este tipo societario, deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos al momento de considerar la posibilidad de constituir una sociedad de familia bajo este modelo:

En primer lugar, resulta ventajosa la separación de la responsabilidad de los socios respecto del capital aportado a la sociedad, evitando la confusión del patrimonio de familia con el patrimonio de la sociedad.

El segundo aspecto a tener en cuenta es la limitante de este tipo societario en relación al número máximo de asociados, que no podrá superar los 25 socios; ésta es una característica desventajosa para las sociedades de familia, pues impide la expansión societaria de grupos familiares extensos. No obstante, y a pesar de esta limitante, no debe descartarse este tipo societario, ya que la misma ley autoriza a la sociedad para transformar su estructura, sin que esto necesariamente implique que la familia pierda el control de la sociedad.

Además, en tanto la ley autoriza la reducción de los socios dentro de los dos meses siguientes a la ocurrencia del hecho que conlleva a sobrepasar el límite legal –para evitar la disolución de la sociedad–, es posible regular este aspecto con anterioridad mediante acuerdos privados que permitan sanear la situación; acordando que sólo un número determinado de miembros compongan la sociedad como accionistas reconocidos por ley, y los demás reciban todos los beneficios económicos derivados de la existencia de la misma, permaneciendo dentro de la administración de la sociedad, bien sea en las juntas o asambleas, o dentro de los demás cargos administrativos, sólo con el propósito de tener un buen control de la marcha de los negocios, casi como accionistas “de hecho”.

En últimas, se trata de evitar la disolución y/o liquidación de la sociedad y, a la vez, conservar el grupo familiar; pero de no ser posible un acuerdo al respecto, la restricción del número máximo de socios es en definitiva una desventaja para la sociedad de familia, que puede eventualmente generar controversias dentro de la misma, ya que los socios tendrán que ceder su cuota (preferiblemente a otro miembro familiar) para poder seguir trabajando dentro de las mismas, cambiando así su posición dentro de uno de los subconjuntos (empresa, familia y propiedad), y ésto podría ser un escenario no muy cómodo para algunos de los socios familiares.

2.1.2.2. La Sociedad Anónima

Como señala el profesor Ramiro Rengifo en su libro *Personas jurídicas de Derecho Privado*, (Rengifo & Rengifo, 2012) en las sociedades de capital “*la responsabilidad de los socios, llamados técnicamente accionistas, se limita a los aportes hechos a la sociedad y la asociación se constituye sin consideración a las personas que se unen*”. Además se “*consagra la preponderancia del capital, de las acciones y del voto democrático, sobre otras cualesquiera consideraciones*”(Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 40).

Las Sociedades Anónimas se forman por la unión de un “fondo social” suministrada por accionistas que responden hasta el monto de sus respectivos aportes. La administración puede estar a cargo de administradores temporales y revocables. El capital de la sociedad debe dividirse en acciones de igual valor que se representan en títulos negociables (Artículo 375 del C. de Co).

La denominación de la sociedad debe contener la expresión S.A., y así mismo se debe anunciar, de lo contrario los administradores responderán solidariamente de las operaciones sociales que realicen (Artículo 373, C. de Co).

Para su constitución y existencia, se exige un número mínimo de cinco accionistas, como lo establece el artículo 374 del C. de Co, sin limitación en cuanto al número máximo de socios.

En el evento de ingreso de nuevos accionistas por motivos sucesorales, la sociedad puede continuar, ya que la ley no establece prohibición o límite alguno; pero mediante disposición estatutaria puede limitarse el número de socios, o disponerse un plazo determinado para que uno o más de los socios sobrevivientes adquieran las acciones del socio que falleció, estableciendo para tal efecto un valor determinado o acordando que, en caso de no llegar a un acuerdo, el precio de las acciones sea determinado por peritos designados por las partes; incluso si fueren varios los socios que quisieran adquirir las acciones, podrá acordarse el derecho a adquirir a prorrata de las acciones que posean en la sociedad (Artículo 368 del C. de Co).

La dirección y administración de las sociedades anónimas está a cargo de la Asamblea General de Accionistas, la Junta Directiva, los Administradores y el Representante Legal, pero puede ser delegada a terceros más idóneos para esta labor.

La Asamblea General de Accionistas debe estar conformada por todos los accionistas, quienes pueden reunirse y decidir con las condiciones y el quórum legal, o el establecido en los estatutos, cuando sea permitido (Artículo 419, C. de Co).

La Junta Directiva, por su parte, la pueden constituir socios y/o terceros, quienes tienen atribuciones establecidas en la ley para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social, y tomar las determinaciones necesarias enfocadas en cumplir los fines de la sociedad (Artículo 438, C. de Co). La elección de miembros de la Junta Directiva corresponde a la Asamblea General de Accionistas, que también debe definir el período de sus miembros y su forma de designación, por periodos determinados y por cociente electoral,

sin perjuicio de que puedan ser removidos o reelegidos libremente por la misma asamblea (Artículo 436, C. de Co).

Otra de las funciones de la Asamblea de Accionistas y la Junta Directiva consiste en velar por el cumplimiento de los acuerdos entre accionistas; esta disposición va en la misma vía del numeral 6 del artículo 420 del C. de Co, que establece para la Asamblea General de Accionistas la función de adoptar las medidas que exigiere el cumplimiento del interés de la sociedad; y en su numeral 7, la autoriza para velar por el cumplimiento de las funciones que determina la ley, los estatutos y aquellas que no correspondan a otros órganos.

En las Sociedades Anónimas, se tendrá por lo menos un representante legal para períodos determinados, reelegidos en cualquier momento y removidos también (Artículo 438, C. de Co), quien será designado por la Junta Directiva o por la Asamblea General de Accionistas, cuando así se disponga en los estatutos.

Ahora bien, sobre la utilidad de este tipo societario para las sociedades de familia, puede decirse que las Sociedades Anónimas, por su flexibilidad en cuanto al número de accionistas, la posibilidad de regular estatutariamente varios asuntos, así como la facilidad para convenir entre los accionistas mediante acuerdos privados asuntos generales o particulares, entre otras de sus características; son sociedades aptas para el cumplimiento de los fines de las sociedades de familia, pudiendo desarrollarse cada uno de sus elementos esenciales, a saber, la familia, la propiedad y la empresa.

No se produce confusión de patrimonios, pues todos los socios son responsables hasta el monto de sus respectivos aportes, de manera que no se presenta el problema susceptible en las sociedades Colectiva y en Comandita respecto de los socios gestores o colectivos.

Dentro de la Sociedad Anónima no se hace una diferenciación entre la calidad de los socios, como sí sucede en las sociedades en Comandita, donde los socios gestores responden solidariamente, y los comanditarios: en la sociedades en Comandita Simple responden como los socios de la de Responsabilidad Limitada; y en la Comandita por Acciones, responden como los socios de las sociedades Anónimas. Dicha diferenciación podría llegar a perjudicar las relaciones de los socios familiares, aunque, como se expuso con anterioridad, en las sociedades en Comandita el socio gestor tiene cierta estabilidad, cuál es el precio que paga por ser solidario, pues así garantiza su inamovilidad.

La organización administrativa que maneja esta sociedad es compleja, lo que permite que las decisiones que se tomen dentro de la sociedad no sean arbitrarias, pues tienen que pasar por el filtro del órgano social competente para ser aprobadas. Esta administración puede ser ejercida por socios y/o terceros, de los cuales se espera que sean aptos para el ejercicio de la administración, lo que beneficia la calidad de las decisiones y garantiza la idoneidad y aptitud de los órganos directivos.

A manera de conclusión, las Sociedades Anónimas permiten conservar el control en manos de la familia y otorgan la posibilidad que en ella permanezcan los mismos accionistas; lo que puede constituir un gran reto, porque indudablemente sucede que no por el hecho de que una persona lleve determinado apellido, u ocupe un lugar categórico dentro del orden generacional, sea admitido como accionista, o que posea las capacidades para hacer que su sociedad perdure en el tiempo.

2.1.2.3. La Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S) - Ley 1258 de 2008

Este modelo societario se introdujo en nuestro ordenamiento mediante la Ley 1258 de 2008, trayendo importantes cambios en materia societaria y simplificando asuntos que van desde la constitución de la sociedad –que salvo excepciones se puede hacer por documento privado–, hasta la simplificación de los órganos de administración y control, permitiendo la omisión de la junta directiva o el revisor fiscal⁸ entre otros.

En Francia, la sociedad por Acciones Simplificada –S.A.S, en adelante–, ya sea de varios accionistas o unipersonal; representa la evolución del derecho societario, con un modelo que ha sido introducido a varias legislaciones nacionales. Los aspectos relevantes de este tipo societario son múltiples: capital mínimo, asociados mínimos –incluso un solo socio–, responsabilidad limitada, posibilidad de emisión de acciones privilegiadas para derechos de voto, y flexibilidad en los órganos de la sociedad (Presidente y Asamblea de accionistas); lo que hace, en general, una estructura dúctil.

No hay duda de que el pilar fundamental de la Ley 1258 de 2008, con la introducción de la figura S.A.S., es el principio de la autonomía de la voluntad privada. *“La autonomía privada puede entenderse como el “[...] poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la regulación de los mismos”.* (Hinestrosa, 1986 , pág. 11.11).

La idea de la extensa libertad contractual en la S.A.S también ha sido desarrollada en la doctrina societaria en Colombia. Al respecto, afirma Carlos Arcila

⁸ El artículo 1° del Decreto 2020 de 2009, que reglamenta el artículo 28 de la Ley 1258 de 2008, creadora de la figura de la SAS, establece que: *“De acuerdo con lo establecido por el artículo 28 de la Ley 1258 de 2008, la Sociedad por Acciones Simplificada únicamente estará obligada a tener Revisor Fiscal cuando (i) reúna los presupuestos de activos o de ingresos señalados para el efecto en el parágrafo 2 del artículo 13 de la Ley 43 de 1990 o (ii) cuando otra ley especial así lo exija”.*

[...] la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), figura asociativa híbrida que combina amplísimas posibilidades de estipulación contractual, pues su componente normativo imperativo es mínimo, por lo que lo que allí se regula es puramente supletorio de la voluntad de las partes [...] Del abanico de exigencias, entre otras, podemos mencionar la [...] amplia libertad contractual para incentivar la creatividad empresarial [...]. (Arcila salazar, 2009)

Por su parte, sostiene el profesor Baena Cárdenas

“La idea que subyace, entonces, a la incorporación de las sociedades por acciones simplificadas dentro del ordenamiento jurídico colombiano no es otra que la de acoger una tendencia que ha venido rigiendo a nivel mundial en el derecho societario contemporáneo, consistente en permitir un mayor campo de acción a la autonomía de la voluntad de quienes hacen uso de estas figuras jurídicas en el desarrollo de sus actividades, buscando en todo caso guardar un equilibrio con ciertas normas de orden público que permitan el control y supervisión por parte de los entes de control del Estado. Se pretende, entonces, que la autonomía de la voluntad de los asociados prime sobre las exigencias de índole legal contenidas en el Código de Comercio, de suerte que las cláusulas estatutarias se ajusten a la forma que más le convenga al negocio”. (Baena Cardenas & Luis Gonzalo , 2009)

Por otro lado, de manera crítica, asevera el reconocido jurista Néstor Humberto Martínez Neira

Resulta una verdadera ironía que se afirme que a través de las sociedades por acciones simplificadas se “permite regresar al concepto de sociedad-contrato”, cuando la ley 1258 autoriza que este tipo societario pueda formarse con la voluntad

de una sola persona, lo que constituye la negación misma del contrato. (Morgestein Sanchez, 2010).

En este orden de ideas, resulta innegable que el fundamento de la figura S.A.S. en el ordenamiento jurídico colombiano, es el postulado de la autonomía de la voluntad privada, que le sirve además de sustrato filosófico. Muestra flagrante de ello son sus características dadas por ley, de carácter flexible y dispositivo; reafirmando, con ello, la libertad contractual de las partes, predominante en el Derecho societario. A continuación, se relacionan sus características más relevantes.

2.1.2.3.1. Constitución de la S.A.S.

En lo referente a la constitución de la sociedad, las normas permiten que se conforme por una o varias personas naturales o jurídicas, de manera que no exige un número mínimo o máximo determinado de asociados, la S.A.S. puede constituirse, incluso, con un único socio.

Su constitución debe realizarse mediante un contrato o acto unilateral que conste, por regla general, en documento privado; excepcionalmente, cuando en el activo de la sociedad se incluyan bienes susceptibles de registro, su constitución debe hacerse mediante escritura pública. No obstante, independientemente del documento mediante el cual se constituya, es necesaria su inscripción en la Cámara de Comercio correspondiente para que surta efectos hacia terceros.

2.1.2.3.2. Estructura orgánica de la S.A.S.

En los estatutos de la S.A.S. se puede estipular libremente la estructura orgánica de la sociedad, como también otras disposiciones para regular el funcionamiento de la misma; y a falta de regulación estatutaria, se aplica lo previsto en el artículo 420 del C. de Co, es decir, se

concentran algunas facultades organizacionales en la Asamblea General de Accionistas o el accionista único, dado el caso, y la administración queda a cargo del Representante Legal (Artículo 17, Ley 1258/08).

2.1.2.3.2.1. Junta Directiva

De conformidad con lo referido anteriormente, la administración de la S.A.S. no requiere la creación de la Junta Directiva, aspecto que queda a la voluntad de las partes o del accionista único, si fuere el caso; evento en el cual, así deberá disponerse en los respectivos estatutos, según el artículo 25 de la Ley 1258/08:

ARTÍCULO 25. La sociedad por acciones simplificada no estará obligada a tener junta directiva, salvo previsión estatutaria en contrario. Si no se estipula la creación de una junta directiva, la totalidad de las funciones de administración y representación legal le corresponderán al representante legal designado por la asamblea.

Así las cosas, la creación de la Junta Directiva debe efectuarse mediante los estatutos sociales y, de no existir estipulación propia al respecto, la ley obliga su inexistencia, y la consecuente delegación de sus funciones de organización y funcionamiento en la Asamblea General, y de administración, en el Representante Legal.

Es pertinente hacer un análisis de este artículo, partiendo de la siguiente pregunta: bajo el supuesto de una sociedad de familia constituida como S.A.S., ¿es prudente que no haya Junta Directiva? La respuesta puede tener diferentes matices, en razón de quién o quiénes administren y/o representen a la sociedad; por tanto, en sociedades de familia en las cuales el representante legal no es miembro de la junta directiva –situación extraña y que no se compagina con las

normas actuales de Código País; código que si bien es cierto se aplica a sociedades con acciones en bolsa, contiene disposiciones ciertamente importantes al considerar importante que se integre la Junta Directiva con administradores de la sociedad— esta figura podría ser útil. Como lo define el profesor Reyes Villamizar, *“este sistema permite, por ejemplo, dividir la gestión directa de la sociedad ante terceros (representación legal) y fijación de políticas administrativas y de vigilancia sobre el representante legal y otros funcionarios (junta directiva unipersonal).* (Reyes Villamizar F. , 2009, pág. 113).

Por el contrario, en sociedades de familia de gran dimensión, sí se hace necesaria la separación de funciones correspondientes a la sociedad; por lo que la figura de la Junta Directiva resulta en extremo valiosa, debido a que la administración, la dirección y la representación de la sociedad, podrían estar en cabeza de personas diferentes, asegurando así la protección de la familia y tratando de evitar los conflictos de interés, mediante una adecuada separación de los poderes.

2.1.2.3.2.2. Asamblea General de Accionistas

Las disposiciones normativas que rigen la existencia y funcionamiento de la Asamblea de Accionistas en las S.A.S. se encuentran en los artículos 18 a 24 de la Ley 1258 de 2008. No obstante, dichas normas tienen carácter supletivo y se encargan de aspectos muy puntuales, como la convocatoria a reunión —que debe hacerse, como mínimo, con cinco días de antelación—, el derecho de inspección —que los accionistas pueden ejercer *“hayan de aprobarse balances de fin de ejercicio u operaciones de transformación, fusión o escisión”* (Artículo 20, Ley 1258/08)—, la renuncia al derecho de convocatoria, o las relacionadas con el quórum y las mayorías decisorias.

De manera que su estipulación es bastante abierta y permite desarrollar la mayoría de las reglas de su funcionamiento mediante los estatutos sociales.

Respondiendo a las necesidades actuales del mundo corporativo, se contempla la posibilidad de que el quórum en las reuniones de la Asamblea de Accionistas no necesariamente implique pluralidad de personas o accionistas para la toma de decisiones, salvo para los casos estrictamente contemplados en la ley, por ejemplo, en sociedades de un solo accionista en las que resulta imposible jurídicamente. Así, la Asamblea General de Accionistas de una S.A.S., puede deliberar con la presencia de uno o varios accionistas que representen cuando menos la mitad más una de las acciones suscritas de la compañía, siempre que en los estatutos no se haya previsto disposición en contrario. No obstante lo anterior, en los estatutos sociales se puede pactar una mayoría decisoria superior, bien sea para todas las decisiones o sólo para alguna de ellas (Artículo 22 de la Ley 1258/08).

2.1.2.3.2.3. Representante Legal

La representación legal de la S.A.S. puede ser ejercida por cualquier persona natura o jurídica, de manera que esta función no se halla restringida para personas no accionistas de la sociedad.

Las funciones del Representante Legal pueden determinarse mediante disposición estatutaria pero, en ausencia de ésta, *“se entenderá que el representante legal podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad”* (Artículo 26, Ley 1258/08).

Así mismo, las reglas sobre su designación tienen reserva estatutaria y, de no ser pactadas, su elección corresponde a la Asamblea de Accionistas o al accionista único, según sea el caso.

2.1.2.3.2.4. Revisoría fiscal

Otra de las figuras que no es estrictamente necesaria para el funcionamiento de la S.A.S., es la del revisor fiscal, salvo en los casos en que la ley así lo disponga en función de los activos o ingresos a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 13 de la Ley 43 de 1990; es decir, cuando sus activos brutos sean iguales o excedan los 5.000 SMLMV, o sus ingresos brutos sean iguales o excedan los 3.000 SMLMV, el 31 de Diciembre del año inmediatamente anterior.

2.1.2.3.3. El capital social y las acciones en la S.A.S.

Una de las características más sobresalientes de las S.A.S., para los propósitos de este trabajo, es la forma de división del capital, y la consecuente participación y responsabilidad de los asociados en las operaciones sociales.

2.1.2.3.3.1. Integración del capital social

El capital de la S.A.S. está integrado por las tres denominaciones establecidas para las Sociedades Anónimas, a saber, capital autorizado, capital suscrito y capital pagado. No obstante, el tratamiento del capital de la S.A.S. difiere del de las Sociedades Anónimas, en que la suscripción y pago del capital autorizado puede hacerse en condiciones, plazos y montos distintos de los previstos en las normas del C. de Co para las Sociedades Anónimas, siempre que no se exceda el término máximo de dos años.

Además, en este modelo societario los aportes de los asociados al capital social refieren a un espectro más amplio que los establecidos para las Sociedades Anónimas; por ejemplo, en la S.A.S. pueden realizarse aportes de *know how*, entendido como “*la habilidad técnica o conocimiento técnico que es secreto, de uso restringido y confidencial*” (Superintendencia de

sociedades, 23 de Enero de 2006), ya sea como aporte de industria o como aporte en especie, que puede ser integrado al capital social, previo avalúo de los accionistas. Así, las reglas del capital en las S.A.S. son determinadas, en principio, estatutariamente, haciendo gala de la libertad y autonomía contractual permitida por ley para esta figura societaria.

Por otro lado, en lo referente a la responsabilidad de los accionistas frente a las operaciones sociales, en la S.A.S. éstos sólo están obligados a responder con su propio patrimonio hasta el monto de sus aportes; y, por tanto, no son responsables por las obligaciones laborales, tributarias, comerciales, administrativas, disciplinarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad. No obstante, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados, en concordancia con el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008.

2.1.2.3.3.2. Clases de acciones

Estatutariamente, y de conformidad con el artículo 10 de la Ley 1258 de 2008, en la S.A.S. pueden crearse los siguientes tipos de acciones:

- **Acciones ordinarias:** Representan una parte de la propiedad de la sociedad, y otorgan a su poseedor legítimo derechos –inherentes a ellas– democráticos, como el de participar con voz y voto en las Asambleas; y derechos de negociación, como el de negociar libremente las acciones, sin perjuicio del derecho de preferencia.
- **Acciones privilegiadas:** Éstas confieren ciertos beneficios económicos sobre las demás acciones que integran el capital social; por ejemplo, tienen prioridad sobre las acciones

ordinarias en el reparto de utilidades y en la distribución de los activos, en caso de liquidación de la sociedad.

- **Acciones con dividendo preferencial sin derecho a voto:** El titular de estas acciones obtiene mayores derechos económicos, a cambio de la reducción de sus derechos democráticos. La Superintendencia Financiera las define como

[...] aquéllas que otorgan a sus titulares el derecho de percibir un dividendo mínimo de las utilidades que haya generado la sociedad al final del ejercicio, al reembolso de sus aportes de manera preferencial en caso de liquidación de ésta y los demás derechos que les corresponden a las ordinarias, salvo el de participar en las deliberaciones y votaciones de la asamblea de accionistas. (Superintendencia Financiera, 13 de Octubre de 2005).

- **Acciones con dividendo fijo anual:** Éstas también proporcionan un beneficio económico a su titular, consistente en un porcentaje fijo de las utilidades de la sociedad al final de cada ejercicio anual. Además, a diferencia de las acciones con dividendo preferencial sin derecho a voto, esta clase de acciones no implica necesariamente la pérdida de los derechos democráticos, siempre que así se estipule en los estatutos.

- **Acciones de pago:** Como su nombre lo indica, estas acciones son emitidas con la intención de ser usadas como pago de obligaciones, ya sea de carácter laboral, civil, comercial, etc. La Superintendencia de Sociedades se ha referido a éstas en el siguiente sentido:

Se incluye la posibilidad de establecer la figura de las acciones de pago, lo cual le permitirá a la sociedad remunerar la actividad de los administradores o de cualquier otra persona que le preste servicios,

mediante la emisión de acciones de la compañía. En caso de ser utilizadas frente a obligaciones laborales, se deberán cumplir los estrictos y precisos límites previstos en el Código Sustantivo del Trabajo para el pago en especie. (Superintendencia de Sociedades, 25 de Marzo de 2008).

2.1.2.3.3.3. Negociabilidad de las acciones

Respecto de las acciones de la S.A.S., también es importante señalar que la regla general es la libre negociación; no obstante, es posible restringirla mediante disposición estatutaria. Dicha restricción no puede exceder el término de diez años, contados a partir de su emisión, prorrogables por períodos adicionales no mayores de diez años cada uno, siempre que tal decisión sea aprobada de forma unánime por los accionistas (Artículo 13, Ley 1258/08).

Así mismo, puede condicionarse –estatutariamente– la negociación y transferencia de las acciones a decisión previa de la Asamblea de Accionistas (Artículo 14, Ley 1258/08), so pena de ineficacia de pleno derecho del acto de transferencia (Artículo 15, Ley 1258/08).

Por último, las acciones o demás valores que emitidos por la S.A.S. no pueden inscribirse en el Registro Nacional de Valores y Emisiones, ni ser negociados en bolsa (Artículo 4, Ley 125/08).

2.1.2.3.3.4. Derecho al voto

La estructura S.A.S. comporta una innovación importante en la teoría societaria colombiana respecto de la representatividad de las acciones para efectos democráticos, en tanto hace posible la adscripción del voto múltiple a acciones singulares o a series de acciones. Por regla general, la titularidad de una acción concede a su poseedor un voto dentro de la Asamblea de Accionistas;

no obstante, el artículo 11 de la Ley 1258 de 2008 autoriza a las S.A.S. para estipular en sus estatutos *“los derechos de votación que le correspondan a cada clase de acciones, con indicación expresa sobre la atribución de voto singular o múltiple, si a ello hubiere lugar”*, rompiendo con la regla de “a cada acción, un voto”.

La principal implicación del voto múltiple es la posibilidad de que el poder de decisión de la Asamblea recaiga sobre una persona o grupo de personas, aunque éstas no ostenten participación mayoritaria en el capital, facilitando la gobernabilidad de la sociedad.

En el mismo sentido, la S.A.S. introduce la herramienta del fraccionamiento de voto, dando la posibilidad a los propietarios de varias acciones, de votar en diferentes sentidos. No obstante, de conformidad con el artículo 23 de la Ley 1258 de 2008, sólo es posible fraccionar el voto cuando se trata de elecciones de Junta Directiva u otros cuerpos colegiados.

2.2.La S.A.S. como modelo societario idóneo para las sociedades de familia

Considerando las especiales características de este tipo de sociedad, la versatilidad para que los accionistas dispongan cómo administrar la sociedad y la poca rigidez para su constitución; la S.A.S., como tipo societario para sociedades de familia, merece un análisis. A continuación se exponen los puntos que hacen de la S.A.S. el modelo societario más favorable para las sociedades de familia.

2.2.1. Libertad contractual

La Ley 1258 de 2008 brinda libertad contractual y, por lo tanto, se abre la posibilidad de estipular las condiciones con mayor autonomía dentro del contrato social. En este sentido, la libertad contractual permite incluir entre las disposiciones normativas del contrato social, también

aquellas mediante las que se rige el negocio de familia, facilitando así la regulación de la gestión y organización de la sociedad. En especial, tratándose de sociedades de familia en las que no se suscriba protocolo de familia, la libertad contractual permite asentar en los estatutos sociales las reglas y acuerdos dirigidos a mantener el equilibrio de las relaciones familia-propiedad-empresa.

En palabras del profesor Reyes Villamizar, *“el concepto de sociedad-contrato es la idea bajo la cual se diseñó toda la regulación de la SAS y permite a las partes definir del modo más amplio las pautas bajo las cuales se gobiernan las relaciones jurídicas que surgen de la sociedad, las cuales tienen carácter dispositivo y pueden ser reemplazadas posteriormente por otras previsiones pactadas por los accionistas”*. (Reyes Villamizar F. , 2009).

2.2.2. Número de accionistas

La posibilidad de constituir una S.A.S. con cualquier número de personas, incluso con un solo accionista, representa especiales ventajas para la sociedad de familia; al eliminar las dificultades que suponían los requisitos de constitución y existencia de las demás sociedades, a saber, las sociedades Anónima y en Comandita por Acciones exigen un mínimo de cinco accionistas; y la de Responsabilidad Limitada, permite tan sólo un máximo de 25 accionistas.

De esta manera, al prescindir de toda exigencia en cuanto al número de accionistas, la S.A.S. se posiciona muy por delante de las demás sociedades de capital, al menos, en relación con los propósitos de las sociedades de familia. En tanto la familia no se ve obligada a excluir o incluir miembros adicionales para cumplir el lleno de un requisito, se abre la puerta a sociedades de familia conformadas por una pareja de hermanos o de cónyuges, así como a grupos familiares de gran extensión integrados por abuelos, padres, hijos, tíos, primos, hermanos e, incluso, familiares políticos.

2.2.3. Limitación de responsabilidad

En su carácter de sociedad de capital, en la S.A.S. los asociados se comprometen hasta el fondo de su aporte. De modo que, con excepción de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 sobre fraudes a terceros, los accionistas no son responsables por las obligaciones laborales, tributarias, administrativas o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.

Esta característica es de especial relevancia para las sociedades de familia, en tanto uno de los propósitos principales de su constitución es el de la separación del patrimonio social del patrimonio de familia. Con la limitación de responsabilidad de la S.A.S. se evita la confusión de patrimonios y, en consecuencia, se blinda el patrimonio de familia frente a un eventual fracaso empresarial.

2.2.4. Acciones especiales

Según Betancourt et. al., las actividades económicas emprendidas en conjunto implican, tradicionalmente, la idea de igualdad de los asociados; no obstante, *“este paradigma también ha sido parcialmente revaluado en el texto de la Ley SAS por constituirse como un fuerte desestímulo para la inversión en el interior de las compañías, y por ende para la generación y el sostenimiento de las mismas.”* (Betancourt, Gómez, López, Pamplona, & Beltrán, 2013, pág. 216).

En este sentido, el establecimiento de las acciones especiales –antes introducidas con la Sociedad Anónima– en las S.A.S., en general, facilita la financiación de la sociedad, pues permite a las empresas adquirir inyecciones de capital mediante el ingreso de nuevos accionistas, sin que

necesariamente se pierda el control de la sociedad. En especial, respecto de las sociedades de familia, la posibilidad de emitir acciones especiales (privilegiadas, con dividendo preferencial sin derecho a voto, con dividendo fijo anual y de pago) permite diversificar la propiedad entre distintos miembros de familia, manteniendo la administración de la sociedad en cabeza del fundador; pudiéndose, por ejemplo, introducir a los miembros más jóvenes de la familia al negocio sin que ello implique atribuirles derechos democráticos, favoreciendo así el reemplazo generacional –mediante acciones sin derecho a voto–; o facilitar la distribución de utilidades al saldar la discusión entre quienes desean reinvertir sus dividendos en la sociedad y quienes sólo desean recibirlos –mediante la emisión de acciones con dividendo fijo anual–.

En últimas, de acuerdo con Betancourt et. al., la emisión de acciones especiales propicia la estructuración de la sociedad en dos grupos accionarios: *“unos con el control de la compañía y que mantienen la relación entre la cantidad de aportes efectuados al fondo social y los beneficios económicos a que tiene derecho cada asociado (fundadores y miembros de la primera generación), y otros que perciban beneficios económicos específicos no sujetos a los vaivenes de la actividad económica, a cambio de sus derechos políticos dentro de la organización.”* (Betancourt, Gómez, López, Pamplona, & Beltrán, 2013, pág. 217).

2.2.5. Restricción a la negociación de acciones

La posibilidad de restringir la negociación de las acciones de la sociedad, ya sea individualizando los títulos restringidos o condicionando su transferencia a la aprobación de la Asamblea de Accionistas, implica ventajas nominales para la sociedad de familia en relación con su patrimonio empresarial, pues de este modo se asegura el mantenimiento de la propiedad en manos de la familia, reduciendo los posibles focos de riesgo que pudieren eventualmente

propiciar su desmembración. Así, por ejemplo, se impide la entrada de cónyuges supérstites y familiares políticos a la sociedad, sin necesidad de recurrir a instituciones ajenas a la esencia misma de la sociedad, como las capitulaciones matrimoniales o las disposiciones testamentarias.

Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha manifestado que

[...] con el fin de impedir que los cónyuges hacia futuro adquieran la calidad de accionista, existe la posibilidad de crear en los estatutos de la respectiva Sociedad por Acciones Simplificada una categoría especial de acciones (la cual podría ser llamada “acciones hijos de familia”), en la que por ejemplo se establezca que las mismas no podrán pertenecer a los cónyuges de los hijos accionistas por virtud de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, de suerte que si en este trámite a los cónyuges le son adjudicadas las acciones en comento, la compañía deba liquidar y pagar a los adjudicatarios tales participaciones, por el valor que acuerden entre éstos y aquélla, o por el que determinen peritos designados por las partes o en su defecto por la Superintendencia de Sociedades (artículos 134 y 136, Ley 446 de 1998). Al dorso de los títulos que den cuenta de dichas acciones, habrá de hacerse mención de los derechos que por estipulación estatutaria le sean conferidos a ellas, así como a la restricción que alude este párrafo. (Superintendencia de Sociedades, 26 de Marzo de 2009).

2.2.6. Voto singular o múltiple

La figura S.A.S. trae consigo la posibilidad de excepcionar la regla de “a cada acción, un voto”, de manera que puede estipularse que ciertas acciones confieran a su titular el derecho a emitir más de un voto en las decisiones de la Asamblea de Accionistas. Así, la consagración de

acciones con voto múltiple permite que el fundador haga el traspaso de la propiedad a nuevos miembros de la familia, manteniendo en sus manos el control de la administración, propiciando el cambio de gestión generacional.

Al respecto, Reyes Villamizar analiza la figura del voto múltiple a la luz de las sociedades de familia, y produce un análisis profundo y consciente de los problemas que éstas atraviesan respecto de las relaciones de poder:

La posibilidad de pactar el voto múltiple en los estatutos de la S.A.S. es una de las más significativas contribuciones del nuevo estatuto al gobierno corporativo de las sociedades cerradas en Colombia. Para las empresas familiares de cualquier dimensión, la clasificación de acciones con derechos de votación heterogénea facilitará estructurar ex ante las relaciones de poder entre accionistas fundadores y miembros de familia que ingresan posteriormente a la sociedad. Se espera que este valioso instrumento evite conflictos intrasocietarios, debido a que permite definir a priori las reglas de juego entre los participantes, de modo que nadie se llama a engaño sobre sus verdaderas expectativas de poder dentro de la sociedad. (Reyes Villamizar F. , Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada, 2010, pág. 82).

2.2.7. Estructura flexible de capital

Las versátiles reglas del capital de la S.A.S. representan también una ventaja para las sociedades de familia. En primer lugar, la división del capital social en las modalidades de capital autorizado, suscrito y pagado, hace posible constituir la sociedad sin capital alguno, contándose con un plazo de dos años para efectuar el pago del capital suscrito; lo que ciertamente favorece la constitución de pequeñas y medianas empresas de familia.

En segundo lugar se halla el hecho de que el capital social pueda estar integrado, no sólo por aportes monetarios, sino también por aportes como el *know how* —que puede ser tratado como aporte de industria o en especie—; toda vez que, con frecuencia, las sociedades de familia están constituidas alrededor de conceptos, ideas o productos propios de la familia, susceptibles de secreto profesional.

2.2.8. Estructura orgánica dúctil

La posibilidad de prescindir de órganos como la Junta Directiva o la Revisoría Fiscal —salvo eventos excepcionales—, implica la simplificación de la gobernabilidad al interior de la sociedad de familia. Esto, toda vez que evita costos económicos y humanos innecesarios y permite, eventualmente, remplazar la Junta Directiva con órganos propios de las sociedades de familia, como el Consejo Familiar.

2.2.9. Acuerdos de accionistas

Este tema será tratado a fondo en el capítulo tercero, por lo que a continuación se presenta sólo una relación sucinta al respecto.

Los acuerdos de accionistas son una de las prerrogativas de la S.A.S., desarrollo de la libertad contractual a ella reservada, y constituyen contratos celebrados entre todos o parte de los accionistas, encaminados a regular determinados aspectos de la sociedad, sin que tengan que reformarse los estatutos sociales. De manera que esta herramienta facilita el establecimiento democrático de reglas de juego al interior de la sociedad.

En este sentido, los acuerdos de accionistas en la S.A.S. representan una ventaja para las sociedades de familia en tanto, mediante ellos pueden suscribirse y asegurarse la efectividad de los protocolos de familia, como se verá más adelante.

2.2.10. Exclusión de accionistas

El artículo 39 de la Ley 1258 de 2008 establece la posibilidad de estipular en los estatutos sociales causales personalizadas –en tanto hechas a la medida de la sociedad de familia– de exclusión de los accionistas. Esto resulta ventajoso para la sociedad de familia en tanto permite establecer como causal de exclusión el incumplimiento del protocolo de familia, a manera de sanción, revistiéndolo de coercibilidad y asegurando su efectividad.

Luego de examinadas las características de la figura S.A.S. que resultan favorables a las sociedades de familia, debe concluirse que éste es el modelo societario idóneo para tales sociedades, en razón a su flexibilidad en la estructura –tanto orgánica como de capital–, la minimalización de los requisitos de conformación y existencia –número de accionistas, constitución mediante documento privado–, la versatilidad en la forma de tomar decisiones –voto múltiple–, las facilidades para asegurar la gobernabilidad a largo plazo y propiciar el proceso de sucesión –acciones especiales, restricción a la negociabilidad de las acciones–, y, en últimas, la naturaleza dúctil y dispositiva de la S.A.S., afincada en la libertad y autonomía contractual con que fue dotada por el legislador.

En este orden de ideas, este tipo societario posibilita un campo amplio y cómodo para las sociedades de familia y, en especial, para aquéllas en las que se incorpore un protocolo de

familia, pues el modelo S.A.S. implica mucha más libertad y utilidad para el cumplimiento de los fines de dicho contrato, conclusión sobre la que se entrará en detalle más adelante.

Ahora bien, luego del examen de los distintos tipos societarios presentes en el ordenamiento colombiano, y de haber determinado el tipo societario más óptimo para una sociedad de carácter familiar; resulta necesario esbozar algunas elucubraciones sobre el derecho de asociación y el postulado de la autonomía de la voluntad privada en nuestro ordenamiento jurídico, a efectos de comprender el sustrato filosófico de la S.A.S., las sociedades de familia, y los protocolos de familia.

2.3. Fundamento filosófico de las sociedades de familia

2.3.1. El derecho de asociación y las sociedades del Código de Comercio

La asociación es un grupo organizado y permanente de personas que ponen una idea en común, con la finalidad de obtener un provecho de carácter económico o de cualquier otra índole. En Colombia, el derecho de asociación se garantiza en función de que ninguna persona podrá ser compelida a asociarse, ni a permanecer en una organización de esta naturaleza en contra de su voluntad. La Corte Constitucional en Stencia C- 495 de 1996 ha indicado que la definición del derecho de asociación contenida en el artículo 38 de la Constitución Nacional, comprende tanto un aspecto positivo como negativo de la asociación: *“a nadie se le puede impedir ni prohibir que se asocie, mientras sea para fines lícitos, y ninguna persona puede ser forzada u obligada a asociarse ya que el constituyente a garantizado la plena libertad de optar entre lo uno y lo otro.”* Y en el fallo C-4310 del 12 de septiembre de 1996 reiteró este enfoque y agregó que *“tampoco es posible que el Estado le señale una determinada forma asociativa a la cual deba forzosamente acogerse”*.

Por otro lado, en la sentencia C-865 de 2004, la Corte Constitucional sentó las bases para el entendimiento del derecho de asociación –en relación con las sociedades mercantiles– en el ordenamiento jurídico colombiano, a saber, i) el reconocimiento de la constitución económica, ii) la definición del derecho de asociación, iii) el derecho de asociación como manifestación de la autonomía de la voluntad privada, y iv) el reconocimiento de la sociedad mercantil como la principal manifestación del derecho de asociación.

i) En primer lugar, el sistema económico colombiano –implementado con la Constitución de 1991, la llamada “constitución económica”– está fundado en la protección de derechos y configuración de garantías. Así, se encuentran en la carta constitucional el derecho de asociación, y el derecho a la libertad económica y la iniciativa privada, limitados por el bien común. Con base en estos derechos se permite, entonces, la asociación, y ésta tiene como resultado el contrato social, que, por encima de cualquier otra finalidad, debe apuntar a la función social, garantizada con el funcionamiento adecuado de que depende la eficiencia del sistema productivo y el bienestar de los consumidores.

En palabras de la Corte Constitucional, en sentencia C-865 del 2004, la importancia de la constitución económica está dada porque ella “*puede definirse como la parte del Texto Fundamental que sienta los principios superiores que orientan y fundan la posición del Estado en relación con la economía y los derechos de los asociados en este mismo ámbito.*” Además, porque en ella se protege el derecho de asociación, cuya principal manifestación son los contratos societarios, y que nace de la autonomía de la voluntad privada, limitada por el orden público y las buenas costumbres (Ospina & Ospina, Teria general del contrato y del negocio juridico, 2012).

ii) En segundo lugar, la Corte estableció en la sentencia referenciada una definición del derecho de asociación dentro de la Constitución Política de Colombia, así: *“esta última reconoce el derecho de asociación, como la libertad o facultad autónoma de las personas para unir sus esfuerzos y/o recursos, en aras de impulsar conjuntamente la realización de propósitos o finalidades comunes, mediante la adopción para el efecto de distintas formas asociativas, tales como, las asociaciones, corporaciones, sociedades, cooperativas, etc.”*.

iii) Y reconoció, además, la autonomía de la voluntad privada como sustrato ontológico del derecho de asociación:

En principio tiene su raíz en la libre voluntad de las personas que deciden perseguir ciertos fines lícitos a través de una organización unitaria en la que convergen, según su tipo, los esfuerzos, recursos y demás elementos provenientes de sus miembros y que sirven de medios para la realización del designio colectivo. A la libre constitución de la asociación - sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto-, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de esta libertad constitucional que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto a la autonomía de las personas.

Es claro que el derecho fundamental de asociación, establece su reconocimiento, permitiendo el desarrollo conjunto de varias actividades. Es decir, es una facultad de todas las personas de juntar esfuerzos, para impulsar una finalidad común adoptando cualquier tipo de forma asociativa, tales como, sociedades, fundaciones, corporaciones, y cualquier otra forma asociativa, que no

atente contra el orden público, al orden legal, las sanas costumbres, las buena fe, entre otras. La finalidad de este derecho, se materializa en la creación de entes jurídicos diferentes de las personas naturales, con capacidad suficientes para contraer obligaciones y por supuesto, para ejercer derechos, sin tener necesariamente ánimo de lucro. La posibilidad de crear un ente jurídico distinto de las personas naturales, es lo que permite diferenciar el derecho de asociación, al derecho de reunión. Por ser un derecho fundamental, se trata de un derecho susceptible de tutela, cuando este se encuentre vulnerado o amenazado”. (Subrayado fuera de texto).

iv) Por último, la Corte Constitucional reconoció en la sentencia referenciada que, pese a todas las formas asociativas existentes (asociaciones, corporaciones, cooperativas, sociedades, etc.) la sociedad mercantil, tiene un papel protagónico

No obstante, para la Corporación es también indiscutible que la coyuntura mundial actual, demuestra que una de las formas asociativas que más preponderancia tiene por su papel protagónico en los procesos de desarrollo y crecimiento económico, son las sociedades mercantiles.

Dichas sociedades una vez constituidas en forma regular crean una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, sin importar su carácter personalista (intuitus personarum) o de capitales (intuitus pecuniae o rei).

Precisamente, el artículo 98 del Código de Comercio, siguiendo los parámetros definidos en los referidos instrumentos internacionales, establece que: (...) La

sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

En conclusión, conforme a los tipos societarios regulados en el Código de Comercio, la Corte Constitucional ha dicho en sentencia C-014 de 2010, lo siguiente: *“la ley comercial ha creado un repertorio variado de modalidades societarias que pretenden responder a las necesidades de la realidad económica del país. Estas distintas opciones buscan facilitar la realización del derecho de asociación consagrado en la Constitución, y son vehículo esencial para el desarrollo de la libertad de empresa, la iniciativa privada y, por lo tanto, el desarrollo económico”*.

2.3.2. El postulado de la autonomía de la voluntad privada

Entendiendo que el derecho de asociación parte de la autonomía de la voluntad privada, limitada por el orden público y las buenas costumbres, se pasa entonces a hacer un análisis de la misma.

Siguiendo al profesor De Castro, en sentido muy general se entiende por autonomía privada el poder de autodeterminación de la persona, es decir, *“aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”*.

Dentro de la autonomía privada así entendida se pueden distinguir dos aspectos o sentidos:

- a) El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, o autonomía privada en sentido estricto, referida al ámbito del negocio jurídico.
- b) El de poderes, facultades y derechos subjetivos, esto es, concretada en la autonomía dominical o ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos. (Enciclopedia Juridica)

“De ahí que todo ordenamiento jurídico positivo, por primitivo y rudimentario que sea el medio social a que se dirija, tiene siempre que reconocer, el alguna medida, eficacia jurídica a la iniciativa privada, permitiendo que los particulares se encarguen de arreglar entre si parte, más o menos considerable, de sus relaciones sociales” (Ospina & Ospina, Teria general del contrato y del negocio juridico, 2012, pág. 6).

2.3.2.1. La autonomía de la voluntad privada en el Derecho moderno

En Francia, en el Código de Napoleón de 1804 se ven reflejadas las doctrinas que buscan garantizar las libertades de los ciudadanos, introduciendo en él concepto de autonomía de la voluntad con efectos contractuales, así como su obligatoriedad.

El concepto de la autonomía de la voluntad privada, en el contexto del Estado liberal en el cual nació, se identifica de la siguiente forma: i) El reconocimiento de una plena libertad para decidir si contratar o no, en principio en virtud del solo consentimiento; ii) la libertad de los individuos de establecer sus obligaciones y los derechos correlativos, limitados por el orden público; iii) la negociación con una finalidad única de regular los intereses particulares, es decir, a la consecución de un estado de felicidad individual; iv) la remisión a la voluntad de las partes en caso de duda con respecto a la manifestación de voluntad, evitando que el juez dicte una

interpretación con efectos jurídicos diferentes a los buscados por los individuos en la negociación, toda vez que las únicas tareas reservadas al Estado a este respecto son: crear cláusulas generales a los contratos, de tal forma que los particulares ejerzan su libertad contractual, interpretar la voluntad de los agentes en caso de duda, e imponer sanción en el evento de incumplimiento.

El Código de Napoleón de 1804, que ha ejercido especial influencia en Colombia, estuvo rodeado, en su formación, por el clima individualista de la revolución, en la que el ambiente filosófico-político erigió al ciudadano como dueño y amo de su vida e instituciones, haciendo de la sociedad un producto artificial e imaginario, por lo que se redujo el Estado a la condición de “gendarme” garantizador las libertades de los ciudadanos.

Los autores del Código de Napoleón pusieron especial empeño en garantizar, hasta donde fue posible, la libertad de las transacciones particulares y los actos jurídicos de contenido patrimonial; respecto de esto, las normas debían tener un papel sumamente pasivo, limitándose a verificar la existencia de dichos actos, interpretar la real voluntad de los agentes cuando fuere dudosa, y sancionar coercitivamente cuando fuera necesario. (Ospina & Ospina, *Teria general del contrato y del negocio jurídico*, 2012, pág. 7)

Entendida así, la autonomía de la voluntad es la fuente autónoma y suprema de los actos jurídicos, por lo que al legislador le correspondía tan sólo una misión de vigilancia. Hay una fórmula que resume todo el sistema del Código Francés: “en los actos y contratos está permitido todo lo que no está legalmente prohibido”. La voluntad privada se adscribía a un criterio racionalista, pues era independiente y autónoma mientras no excediera el límite público legal e inmutable, y sería el legislador quien haría respetar que dicho límite no se sobrepasare, por medio

de normas imperativas y prohibitivas de obligatoria observancia por los ciudadanos y por los otros órganos del poder público (gobernantes y jueces).

El límite se hallaba entonces en el orden público, consistente en la observancia de ciertos principios permanentes e inmutables, conocidos por la razón como los principios dictados por la justicia universal; principios que deben preservarse, pues de ser alterados acarrearán inmensas conmociones en el medio social como, por ejemplo, en la organización política reinante, el desarrollo económico, y las actividades públicas o privadas en las que los individuos participan. (Ospina & Ospina, *Teria general del contrato y del negocio jurídico*, 2012, pág. 11).

No obstante, dicho límite debía poder acoplarse a la vida en sociedad, ya que la vida del individuo es dinámica y en constante movimiento, de manera que el orden público debe tener la suficiente elasticidad que le permita adaptarse a los cambios repentinos de la realidad social.

Al respecto, el legislador se halla, con frecuencia, impotente ante la necesidad de regular concretamente los constantes cambios de la vida en sociedad mediante normas flexibles y elásticas; por tanto, se ha tenido que abandonar la utopía del orden público legal e inmutable, y se ha tenido que reconocer poder a órganos distintos del legislativo, especialmente al órgano judicial, para apreciar en cada caso la conformidad o disconformidad de los actos jurídicos celebrados por los particulares. (Ospina & Ospina, *Teria general del contrato y del negocio jurídico*, 2012, pág. 12).

El orden público es pues guardián del orden social, y está conformado por un conjunto de principios políticos, religiosos, éticos, económicos entre otros; de manera que es la herramienta óptima para que el Estado pueda cumplir con el ideal del principio de autonomía de la voluntad

privada por medio de todos los órganos de expresión jurídica, y no sólo por parte del legislador. (Ospina & Ospina, Teria general del contrato y del negocio juridico, 2012, pág. 11).

2.3.2.2. La autonomía de la voluntad privada en el ordenamiento jurídico colombiano

Se cree que Andrés Bello, a la hora de elucubrar lo relativo a esta materia, se inspiró en la concepción racionalista del derecho del Código de Napoleón, en lo que se refiere a la autonomía de la voluntad como fuente suprema y autónoma de los efectos de los actos jurídicos, apenas limitada por el orden público legal e inmutable.

El ordenamiento jurídico colombiano no ha sido ajeno a esta evolución. Inicialmente, la autonomía de la voluntad privada no aparecía reconocida en las constituciones del siglo XIX, no obstante, se entendía que derivaba del conjunto de libertades reconocidas en dichos cuerpos normativos. La Constitución de 1886 reconocía los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, y consagraba la libertad de ocupación u oficio con restricciones y facultades de inspección. En últimas, la introducción de la autonomía de la voluntad privada como principio axiológico del ordenamiento jurídico colombiano puede resumirse en tres momentos: i) su consagración en el Código Civil, ii) el Acto Legislativo 01 de 1968 y la reforma constitucional de 1968, y iii) la constitución económica de 1991.

- i) El reconocimiento de la autonomía de la voluntad como libertad contractual, aparece en el artículo 1602 del Código Civil, en virtud del cual se considera que el contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y sólo puede ser invalidado por consentimiento mutuo o por causas legales, consagrándose así el principio *pacta sunt servanda* en el ordenamiento colombiano. Además de lo anterior, las normas civiles también señalan los límites para su ejercicio, cuando

expresamente se ordena que no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

Dentro del Código Civil Colombiano, tomado del Código de Napoleón, se encuentran varios artículos que regulan la autonomía de la voluntad para fijar límites a la misma. Así, el artículo 6° establece: “*En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley [...]*”. Por su parte, conforme al artículo 16, no se permite que por vía de acuerdos o convenios entre particulares, se pretenda la derogatoria de leyes que buscan “*el orden y las buenas costumbres*”.

El artículo 1602 consagra que la limitación al contrato celebrado por las partes sólo puede devenir de su mutuo consentimiento, o de disposiciones legales. No obstante, “otros artículos de la misma obra legislativa someten al control jurisdiccional todos los actos jurídicos, cuyas prestaciones, o los móviles o motivos determinantes de su celebración, pugnen con los principios, integrantes del orden público, aunque estos no se encuentren expresa y concretamente contemplados en disposiciones legales” (Ospina & Ospina, *Teria general del contrato y del negocio juridico*, 2012, pág. 13). Así, el artículo 1518 define como objeto ilícito el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público; el artículo 1524 dice que se entiende por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público; el artículo 1741 condena a nulidad absoluta todo acto o contrato que tenga objeto o causa ilícita; y el artículo 1742 ordena al juez declarar de oficio la referida nulidad.

En este orden de ideas, en palabras de Ospina Fernández y Ospina Acosta *“se puede concluir que en el sistema de nuestro Código Civil colombiano, la voluntad privada está subordinada al orden público, cuyos principios más o menos flexibles e interpretados por los jueces en cada caso, priman siempre sobre aquella”*. (Ospina & Ospina, Teria general del contrato y del negocio juridico, 2012, pág. 13). Se reconoce entonces la autonomía de la voluntad privada mientras no se obre en contra del orden público y las buenas costumbres, velando por el interés general y el desarrollo de la vida en sociedad. Se brinda especial libertad para las decisiones de los particulares y en todos sus actos jurídicos de contenido económico, y esto se ve reflejado en el artículo 1602, en el que son notorias dos claras acepciones:

- a. La voluntad privada no es una fuente autónoma de efectos jurídicos, ésta se debe expresar dentro de los lineamientos legales para que adquiera el valor normativo que dicho artículo le atribuye, y esto hará que se convierta ley para las partes.
- b. Cuando los actos están libremente celebrados, sus condiciones libremente consentidas adquieren para los agentes, y para los jueces encargados de interpretarlas o aplicarlas, fuerza vinculatoria semejante a la de la propia ley dictada por el Estado. (Ospina & Ospina, Teria general del contrato y del negocio juridico, 2012, pág. 14).

“Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Solo que como aquellos, al proceder a hacerlo, cumplen una función que el legislador les ha delegado, deben observar los requisitos exigidos por este y que

obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad” (Ospina & Ospina, *Teria general del contrato y del negocio juridico*, 2012, pág. 13).

Reconocida la autonomía de la voluntad privada, el legislador debe evitar intervenir en las decisiones de los particulares y en sus iniciativas, de manera que la mayoría de las regulaciones pertinentes a los actos jurídicos tienen solamente un alcance supletivo, es decir, que solo están llamadas a aplicarse cuando no hay manifestación expresa de la voluntad de las partes.

- ii) En Colombia, con el Acto Legislativo 01 de 1918 comienza la intervención del Estado en la economía; posteriormente, con la reforma constitucional de 1968 se reconoce expresamente la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, pero se establece como límite el bien común y se otorga al Estado la dirección general de la economía y la facultad de intervenir en todas las actividades económicas.

La Constitución habilita al Estado con varios instrumentos para la intervención en el ámbito privado social y económico, con la finalidad de que se eviten o, de ser necesario, se detengan y corrijan desequilibrios y desigualdades.

- iii) Por último, la Constitución de 1991 –denominada la “constitución económica”– otorgó sustento constitucional a la autonomía de la voluntad privada, consagrando diferentes derechos tales como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14), el derecho a la propiedad privada (Art. 58), la libertad de asociación (Arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la

libertad de empresa (Art. 333); derechos éstos que otorgan a los asociados facultades para crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas.

La Corte Constitucional, guardiana de la constitución, advierte que la autonomía de la voluntad confiere a los asociados libertad contractual, en aras de suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex - ante todas las necesidades de las personas.

La Constitución de 1991 no admite la autonomía de la voluntad privada sólo desde la óptica de poder subjetivo que permite a los individuos la autorregulación de sus intereses privados; sino que la contempla además como herramienta para ejecutar los fines correctores del Estado Social, compuestos por el principio de dignidad humana, los derechos fundamentales de las personas, la prevalencia del interés general, la función social de la propiedad (Art. 58), el bien común como límite a la libre iniciativa privada, la función social de la sociedad (Art. 333), la dirección general de la economía a cargo del Estado y los poderes estatales de intervención económica (Art. 334).

Sobre este particular la Corte Constitucional en la sentencia SU-157 de 1999 sostuvo que:

La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual goza entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.

La misma Corte en varias jurisprudencias ha señalado que el principio de la autonomía de la voluntad privada es el fundamento para que *“los sujetos de derecho, según las regulaciones legales, tienen la capacidad de gobernar sus derechos según les plazca, siéndoles posible adquirirlos, gozarlos, gravarlos, transferirlos, o extinguirlos, posible también les es acordar la solución de los conflictos que comprometen sus derechos subjetivos”*. Sobre este particular concluyó la Corte en sentencia SU-174 de 2007.

Así, para la Corte Constitucional, actualmente la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: i) En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones, en especial en relación con derechos fundamentales; ii) se entiende que el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual persigue no sólo el interés particular sino también el interés público o bienestar común; iii) corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; iv) el papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes.

En desarrollo de la autonomía de la voluntad, puede incluso acordarse que la resolución de conflictos sea entregada a árbitros, como mecanismo jurídico para resolver las diferencias, de conformidad con el artículo 116 constitucional: *“los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de [...] árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*. No obstante lo anterior, no todo conflicto es materia de arbitramento, sólo aquellos que por su

naturaleza sean transigibles, es decir, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia.

Se tiene entonces que, del mismo modo que la autonomía de la voluntad puede ser limitada en aras de proteger el interés general, el orden público o los derechos fundamentales; los acuerdos que celebren las personas para acudir al arbitramento como mecanismo de solución de controversias jurídicas están sometidas igualmente a tales restricciones. Las cuales no han de ser impuestas mediante ley estatutaria, porque en la mayoría de los casos previamente mencionados la jurisprudencia constitucional avaló la constitucionalidad de las restricciones a la autonomía de la voluntad, en materia de suscripción de acuerdos dirigidos a someter conflictos entre particulares a la justicia arbitral, establecidas mediante leyes ordinarias. (Corte Constitucional, 2011).

2.3.2.3. El contrato de asociación como expresión de la autonomía de la voluntad privada en Colombia

Una de las formas en que se concreta la autonomía de la voluntad privada es mediante el contrato de asociación, con fundamento en el artículo 38 de la Constitución Política. Aunado a ello, la Corte Constitucional así lo ha manifestado en sentencia C-865 de 2004,

“La finalidad de este derecho constitucional se plasma entonces en la creación de entes jurídicos distintos de las personas naturales, con capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, en aras de lograr la satisfacción de un interés u objetivo común, no siempre ligado a la obtención de lucro. Desde esta perspectiva, el derecho de asociación se concreta en la existencia de personas jurídicas, libres y capaces, para responder autónomamente por su devenir jurídico.” (Subrayado fuera de texto).

Sobre el contrato de sociedad, el artículo 98 del C. de Co lo define como un acuerdo mediante el cual se obligan dos o más personas a hacer un aporte que bien puede ser en dinero, en especie o de industria, para emprender una sociedad o actividad social, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas de su ejercicio o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados.

Se trata así de un contrato de colaboración ya que busca un fin común, a diferencia de los contratos de intercambio. Es, así mismo, un contrato de carácter plurilateral, característica de la que desprenden las siguientes, relativas a las consecuencias del incumplimiento y la nulidad del contrato de sociedad.

El incumplimiento de alguno o algunos de los contratantes no libera de sus obligaciones a los otros. Si alguno de los socios incumple una o alguna de sus obligaciones, la consecuencia no es la resolución del contrato; puede dar oportunidad al incumplido para cumplir o excluirlo de la sociedad. Con todo, existen excepciones dentro de la ley en cuanto a los efectos del incumplimiento, tal es el caso del incumplimiento del aporte de industria consistente en el *know how*; en el evento de que este aporte sea el elemento esencial para el desarrollo de la sociedad, esta no podrá subsistir, de modo que el contrato se resuelve y al incumplido se le pueden exigir perjuicios. Otra excepción se presenta cuando el contrato es de dos personas y una de ellas incumple.

En el contrato de sociedad no se presenta la nulidad del mismo, sino la del vínculo de la persona en quien pueda concurrir un vicio del contrato o el defecto de los requisitos. Hay una nulidad individual del vínculo. Si como resultado de la salida de uno de los socios por la

declaratoria de la existencia de algún vicio, se afecta la estructura asociativa, la sociedad se destruye y debe procederse a su liquidación.

Por último, aunque no referida al contrato directamente sino a la persona jurídica que se crea en virtud del contrato de asociación, se consagra la nulidad parcial de alguna de las cláusulas de la escritura contentiva de los estatutos. (Ospina & Ospina, *Teria general del contrato y del negocio juridico*, 2012).

2.3.3. La Autonomía de la voluntad privada en las sociedades de familia

Luego del análisis de la autonomía de la voluntad privada en general, desarrollemos este postulado específicamente en las sociedades de familia.

Como ya fue desentrañado, la autonomía de la voluntad privada en las sociedades en general y, en particular, tratándose de las sociedades de familia, tiene como fundamento la Constitución Política; y se concreta en el derecho constitucional de asociación⁹ que habilita a las personas naturales o jurídicas para la constitución de entes societarios.

Además del derecho de asociación como manifestación de la autonomía de la voluntad, cabe señalar que las sociedades de familia constituyen un ejercicio propio de la autonomía de la voluntad privada, en tanto su implementación está revestida de la facultad de libertad contractual. Muestra de ello es su actual desregulación legislativa, su modelo de gobierno propio –Asamblea de Familia y Consejo Familiar–, la herramienta del protocolo de familia, y la idoneidad del modelo S.A.S. para su constitución, entre otros.

⁹ Constitución Política de Colombia, Artículo 38. “*Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad*”.

Quien mejor explica el carácter autónomo y libre de las sociedades de la familia es Liza Urbina, en su artículo *Algunos aspectos jurídicos del protocolo de familia a la luz de la legislación colombiana*, cuando dice que

Las sociedades de familia no se limitan a la adopción de una figura jurídica para la realización de una empresa, y por lo tanto, no sólo se utilizan las infraestructuras societarias (asamblea de accionistas, juntas directivas, órganos de control) como cumplimiento de una exigencia legal o como una mejor forma de organizarse. En este tipo de empresas, los accionistas aplican de una manera extraordinaria el principio de la autonomía de la voluntad privada para el desarrollo de sus actos jurídicos, ya que haciendo uso del mismo, le imprimen a la empresa lineamientos axiológicos y le imponen limitaciones que, por supuesto, no son introducidas por la legislación mercantil por no ser de su ámbito, sino por la institución familiar. (Urbina Galiano, 2003, págs. 794-795).

CAPÍTULO III

Será responsabilidad de quien prepara y elige a los sucesores el entender sus verdaderas motivaciones y asegurarse de que sean las adecuadas y necesarias.

Anónimo.

EL PROTOCOLO DE FAMILIA COMO UN ACUERDO DE ACCIONISTAS

3. El Protocolo de Familia

3.1. Definición del Protocolo de Familia

A lo largo de este documento, hemos abordado las diferentes situaciones problemáticas a las que es susceptible una sociedad de familia, especialmente, en lo relativo a las relaciones entre

sus subsistemas empresa, familia y propiedad; concluyendo que en ocasiones este vínculo representa una limitación para la generalidad de sociedades de este tipo.

Como herramienta básica para regular diversas situaciones que puedan presentarse dentro de la sociedad, se incluyen en los estatutos varios mecanismos que brindan eficacia en la toma de decisiones frente a terceros pero que entre los accionistas, y en especial tratándose de sociedades familiares, resultan insuficientes y merecen, por su carácter especial, ser regulados de común acuerdo en documentos fuera de los estatutos, verbigracia, la sucesión, la formación de los futuros asociados, los valores inherentes a la sociedad, la propiedad de la empresa, pactos familiares, entre otros.

Estas circunstancias deben ser reguladas antes de su acontecer, de manera tal que no haya discrepancia entre los accionistas en cuanto a la manera como debe procederse en un momento determinado, y es por esto que *“se hace necesaria la elaboración de un protocolo familiar que establezca el marco de esas relaciones, y proteja, por tanto, a la empresa familiar de los avatares de las personas, generaciones y las circunstancias.”* (Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009). Así, el protocolo familiar se muestra como el mecanismo adecuado para evitar futuras controversias o, en caso de darse, proveer la forma de solución de las mismas.

En las lenguas provenientes del latín, la denominación de protocolo de familia, también puede darse en áreas de la salud y la diplomacia; mientras que en el mundo anglosajón se adopta el nombre de constitución de familia.

Así las cosas, una de las definiciones apropiadas para referirnos al Protocolo de Familia es la siguiente: *“Documento que contiene de forma expresa la manera en que la familia desea dar*

respuestas a sus objetivos corporativos. Clarifica las relaciones Familia-Empresa y busca evitar los conflictos familiares.” (Instituto de la Empresa Familiar, 2005, pág. 55).

El protocolo de familia es una herramienta para el desarrollo del Buen Gobierno Corporativo dentro de la familia y la sociedad familiar, éste regula la organización y la gestión, las relaciones económicas y las relaciones profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, con el objetivo de que se garantice la viabilidad y continuidad de la empresa en manos de la familia propietaria. (Sánchez, Casanova, & Sánchez, 2002). De modo que la existencia del protocolo se justifica en su utilidad para el éxito de la sociedad de familia; en palabras de Urbina et. al., el protocolo posibilita *“una familia estructurada y reglada de acuerdo con su modus vivendi, capaz de solucionar controversias sin necesidad de acudir a la justicia y creando procedimientos disciplinarios de acuerdo con sus parámetros morales”* (Urbina Galiano, 2003, pág. 795), lo que se traduce, en últimas, en desarrollo empresarial.

A continuación se relacionan otras definiciones de protocolo de familia:

El protocolo es un documento escrito que contiene los acuerdos que la familia establece respecto de su relación con la empresa y la propiedad, es decir, vinculando a la familia con los otros dos círculos de la empresa familiar [...] Contar con un Protocolo da mayor estabilidad en las “reglas del juego” a una familia empresaria y les permite organizarse mucho mejor para el desarrollo de las futuras generaciones. (Martínez J. , pág. 3).

El protocolo familiar es el documento marco y constituyente que regula las relaciones entre familia, accionistas y empresa. El protocolo familiar (equivalente al "Shareholders Agreement" de la "Close Corporation" de los USA) puede ser definido

como un acuerdo entre los accionistas familiares titulares de bienes o derechos que desean gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo, cuyo objeto es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia, la empresa o el patrimonio. (Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009).

En conclusión, se tiene que el protocolo familiar consiste en un conjunto de reglas establecidas de común acuerdo por el grupo familiar, encaminadas a regir determinados aspectos de la sociedad de familia, como los órganos de gobierno –dispositivos o no– que conformarán la estructura administrativa de la sociedad, el procedimiento a seguir para la toma de decisiones al interior y fuera de dichos órganos, la participación de cada miembro de la familia en el negocio, los valores esenciales e inherentes a la familia y las estrategias de ruta del devenir empresarial; en últimas, el protocolo regula las relaciones entre los subsistemas de la sociedad familiar: familia, empresa y propiedad. En este sentido, el protocolo constituye una expresión de la autonomía de la voluntad privada de la sociedad de familia, al ampliar el espectro regulativo permitido por la legislación mercantil para introducir actos de reglamentación con eficacia de ley para las partes.

Varios autores han defendido la tesis o argumento del protocolo de familia, haciendo énfasis en él como la herramienta óptima para darle continuidad a la sociedad familiar de manera eficaz y con éxito, es decir, desde la óptica de la sucesión y la consecuente transformación generacional.

No obstante, el protocolo familiar también puede resultar muy útil para regular infinidad de asuntos, concernientes a los intereses propios de una sociedad familiar, de forma más clara que la dada por la ley, toda vez que en éste se puede ser mucho más específico y dispositivo, pues, como

se explicó, parte de la base de la autonomía de la voluntad privada; permitiendo reglamentar más eficientemente la gestión y organización empresarial, la separación de patrimonios, las cuestiones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa. (Gonzales, 2000, pág. 58)

Por su parte, Le Van, además de acogerse al planteamiento de la sucesión anteriormente mencionado, reconoce el protocolo de familia como un proceso continuo que ayudaría a la cohesión y mejor participación entre los distintos autores de la sociedad (familiares o no) para la continuidad de la misma. (Molina, 2010)

En relación con su eficacia, el protocolo familiar puede contemplar disposiciones con distinto grado de obligatoriedad. Puede tener carácter puramente moral, de pacto entre caballeros, o constituir un verdadero contrato que origina derechos y obligaciones entre las partes. (CAF (Banco de Desarrollo de America Latina), 2006, pág. 52). Claramente, si lo que se pretende en una sociedad es preservar la gobernabilidad y, por tanto, la duración y estabilidad de la sociedad, el protocolo debe ser un verdadero contrato en el cual se regulen derechos y obligaciones de las partes o de quienes a futuro, llegaren a ser parte de la sociedad.

Para M. A. Gallo, el protocolo familiar debe ser un acuerdo voluntariamente querido y voluntariamente vivido, cuya finalidad última es conseguir la unidad y el compromiso. El contenido de sus capítulos ha de ser el medio para que los miembros de la familia confíen y amen su sociedad familiar. (Gallo & Tomaselli, 2006)

En últimas, el protocolo de familia es un documento de letra viva, de manera que su eficacia está dada por el acuerdo de los miembros de la sociedad familiar, y refleja el compromiso de éstos en tener, lograr y mantener la armonía de la sociedad y sus relaciones dentro del seno familiar.

En síntesis, el protocolo familiar puede definirse como un acuerdo o contrato, estipulado entre los asociados familiares, por medio del cual se acuerdan los principios esenciales de las relaciones de la familia con la sociedad. Este pretende regular la organización, control y gestión dentro de la sociedad, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, con la finalidad de darle continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares.

3.2. Características del Protocolo de Familia

Entendiendo el protocolo de familia, como *“acuerdo de voluntades entre los accionistas de una sociedad familiar y demás miembros de una familia, paralelo a los estatutos sociales, cuyo objetivo es fijar directrices relativas al funcionamiento de la sociedad, a las relaciones de la familia con la sociedad y aun a las relaciones entre los miembros de la familia unidos por vínculos de sangre o civiles”*; pueden relacionarse como sus características las siguientes.

- **Plurilateral:** En él convergen varias partes contractuales.
- **Accesorio:** La suscripción del protocolo de familia está sujeta a la existencia del contrato de sociedad, que le sirve de contrato principal.
- **Consensual:** Para su nacimiento a la vida jurídica basta el acuerdo de voluntades, en tanto, por regla general, sólo surte efectos jurídicos respecto de los firmantes. Para hacerlo oponible a la sociedad en su conjunto, o a terceros, se exige el lleno de requisitos, como el reconocimiento del contrato por la sociedad, o la introducción del acuerdo en los estatutos sociales, respectivamente; no obstante, esto refiere a su eficacia y no a su existencia.

- **De libre discusión:** Los miembros de la sociedad familiar pueden establecer libremente las reglas y condiciones que estimen pertinentes, no están obligados a ajustarse a cláusulas preestablecidas.
- **De tracto sucesivo:** Las obligaciones contenidas en el protocolo son de ejecución permanente, en vez de instantánea.
- **Atípico:** El protocolo de familia no tiene regulación legal propia, por lo que su constitución es atípica; sin perjuicio de su adecuación mediante figuras reglamentadas en la legislación mercantil, como los acuerdos de accionistas.
- **Miembros:** Pueden suscribirlo tanto accionistas, como no accionistas de la sociedad, siempre que sean miembros de la familia.

3.3.Contenido del Protocolo de Familia

“Cada familia debe realizar su propio protocolo. No existe un modelo universal aplicable a la generalidad de empresas familiares.” (Instituto de la Empresa Familiar, 2005, pág. 56). Cada protocolo es distinto, es decir, no hay un formato de contenido único que pueda aplicarse a todos los tipos de sociedad, ya que éste responde a las necesidades de cada familia en un momento y situación dada; en tanto cada familia y sociedad familiar difiere de la otra, dependiendo del tamaño de la familia y la sociedad, su etapa de desarrollo y el grado de participación de los miembros de la familia en la sociedad, los valores, la misión, la visión entre otros.

No obstante, es común acudir a una estructura general para la elaboración del protocolo de familia; la más habitual es la siguiente:

- a. **Introducción:** Dentro de ella se pueden incluir consideraciones sobre el fundador y el origen de la sociedad; los valores, misión y filosofía de la sociedad, entre otros.

- b. **Pactos sociales o estatutarios:** Refiere a aquellos acuerdos que se pretenda incorporar dentro de los estatutos sociales. Tienen naturaleza institucional o societaria como, por ejemplo, los referidos al régimen jurídico de las acciones o participaciones sociales, las mayorías exigibles para la adopción de acuerdos entre los asociados ante los máximos órganos de administración, los posibles acuerdos sobre agrupación de voto, entre otros.
- c. **Pactos para-sociales o extra-estatutarios:** Son aquellos que no es posible incorporar a los estatutos sociales, pero que es aconsejable establecer para regular las relaciones entre la familia y la sociedad. Este es el contenido esencial del protocolo familiar, ya que es aquí donde se establecen, por ejemplo, normas que regulen la incorporación de los miembros familiares a la sociedad, bajo qué reglas deben hacerlo, qué parámetros deben cumplir antes de hacer parte bien sea de la familia o de la sociedad, así como también las funciones a desarrollar en la sociedad y la correspondiente retribución por éstas.

Un aspecto de gran importancia para regular en el protocolo, es aquel que tiene que ver con el retiro de miembros de la familia de la sociedad, y la cualificación exigible al sucesor del fundador y a los familiares que trabajen en ésta.

De igual forma cabe resaltar la posibilidad de incluir cláusulas penales, en los términos previstos en la legislación civil, que sancionen el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el protocolo, o una cláusula compromisoria aplicable a la resolución de controversias provenientes de un incumplimiento. Igualmente, es deseable que se pacten la duración del protocolo y el procedimiento que debe seguirse para su revisión.

- d. **Órganos de carácter familiar:** Se deben establecer los criterios de organización, composición y funcionamiento de los denominados órganos familiares, a los que nos hemos referido anteriormente, y que son: la Asamblea de Familia y el Consejo Familiar.
- e. **Cláusula de cierre:** Finalmente, el protocolo de familia suele contener una cláusula de cierre, de carácter meramente protocolario, denominada cláusula “con gratitud”, en la que se expresa el agradecimiento de la familia a los fundadores de la sociedad y a todos aquellos que han hecho posible el éxito de la misma. (Ministerio de industria, turismo y comercio, 2008, pág. 59) .

La precisión de los acuerdos, el apego a la ley en las disposiciones que así lo requieran, y las garantías para el cumplimiento de lo acordado, son fundamentales para que la aplicación sea efectiva.

El contenido de un protocolo familiar puede ser tan amplio y complejo como cada familia lo requiera. El protocolo debe ser adaptado a cada una de las necesidades de la generación en la que se encuentra las sociedades, su propia situación familiar y la actitud de los miembros familiares ante la sociedad, los objetivos económicos y no económicos a alcanzar. (Sánchez, Casanova, & Sánchez, 2002)

Sin embargo, hay algunos elementos comunes de un protocolo a otro dentro de la estructura referenciada, debido a que tratan temas generales de una sociedad familiar. Entre éstos se encuentran los principios y valores fundamentales que expresan el compromiso familiar; la visión y la misión de la sociedad; la definición de los roles familiares; las facultades conferidas a los directivos y órganos de gobierno de la sociedad tales como: miembros de la familia/accionistas, alta gerencia, junta directiva, instituciones familiares (asamblea familiar, consejo familiar); la

definición de la relación entre los órganos de gobierno y los miembros de la familia; y las políticas establecidas para asuntos familiares relevantes, como la situación laboral de los miembros de la familia dentro de la sociedad, sobre todo teniendo en cuenta hasta dónde puede llegar la autonomía de la voluntad para establecer tales políticas, sin que llegue a violarse derechos fundamentales de las personas o normas jurídicas de imperativo cumplimiento no susceptibles de acordar entre particulares; la transferencia de acciones; la sucesión del director general, entre otras. (Coorporacion Financiera Internacional (grupo del banco mundial), 2011, pág. 22)

Por su parte, el Profesor Jon Martínez Echezárraga¹⁰ establece que los elementos más generales dentro de cualquier protocolo de familia, son los siguientes:

- *Misión, Valores y Estilos de la Familia: es importante que los miembros de la familia hagan una declaración por escrito en la cual expresen las razones por las cuales desean continuar juntos como familia -empresa, y cuáles son sus valores fundamentales y estilos de gestión que quieren preservar y transmitir a las futuras generaciones. También es recomendable incorporar un código de ética y conducta entre miembros de la familia empresaria.*
- *El Gobierno de la Familia: este enunciado nos conduce a acordar previamente y manifestar, la forma cómo se va a gobernar la familia empresaria, para lo cual normalmente se acude al Consejo Familiar u otros órganos. Por supuesto, que las facultades, funciones, limitaciones y forma de funcionar el Consejo, debe definirse a través de un reglamento, que además contenga cuántas y cuáles personas integran el*

¹⁰ Doctor en administración de empresas por el IESE en Barcelona, realizo estudios posdoctorales en el MIT, Boston. Actualmente es profesor titular de la cátedra de Empresas de Familia IESE Business School, universidad de los Andes, Chile, y ha sido profesor invitado en Harvard.

Consejo, qué perfil deben tener, el rol del Presidente y Secretario del mismo, entre otros.

- *El Gobierno de la Sociedad: en concordancia con las normas vigentes y también con cada tipo de sociedad, es necesario definir los órganos de gobierno corporativo, tales como la Junta Directiva y la Asamblea de Accionistas, comités consultivos, sus funciones y atribuciones. En el gobierno de la empresa, deben sentarse los requisitos para ser empleado de la sociedad como miembro de la familia, la forma de escogerlo, fundamentalmente tratándose del Presidente o Gerente General y, en el proceso de sucesión.*

- *Participación de la Familia en la Sociedad: establecer el papel de los familiares como gestores en la sociedad, para lo cual es preciso definir las reglas de ingreso de los familiares a la sociedad como empleados de la misma, reglas de comportamiento en ella, y reglas de retiro o causales de despido especiales además de las genéricas que trae la ley o los reglamentos internos para los demás familiares. También es importante normar las actividades de familiares que no son gestores de la sociedad familiar, para determinar qué tipo de vínculo laboral tendrán con la sociedad, como se remunerarán los servicios, en función de los tres círculos.*

- *Asuntos Patrimoniales como Familia Empresaria: en relación con asuntos patrimoniales, es necesario determinar cómo y en qué condiciones los miembros de la familia pueden enajenar, ceder, usufructuar, sus acciones en la sociedad, otros temas de transmisión del patrimonio de una generación a otra, y definir los elementos del Protocolo que formarán parte del Pacto o Acuerdo de Accionistas.*

- *Grandes Directrices Empresariales de la Familia: es vital para establecer la línea del protocolo de familia, que ésta como propietaria de la sociedad, defina su filosofía de negocios y “demarque” el campo de juego a los órganos de Gobierno Corporativo, en temas tales como distribución de dividendos, endeudamiento, rentabilidad esperada de su inversión, diversificación del objeto de la sociedad, internacionalización, alianzas con terceros, etc.*
- *Otros Asuntos de Interés para la Familia Empresaria: explicar cómo la familia mantendrá la identificación de sus miembros con la sociedad en el tiempo, cómo espera contribuir a la sociedad, qué perfil desea cultivar en el medio empresarial y social, etc.” (Martinez J.)*

Dentro de la Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia también se establecen algunos lineamientos sobre los elementos que debe contener un protocolo de familia, pasamos a referirnos a algunos de ellos:

Medida 32. El Protocolo de Familia establecerá los roles de los miembros de la familia, sus funciones, deberes, responsabilidades y extralimitaciones, frente a su actuación como socios, accionistas, empleados o administradores.

Medida 33. El Protocolo de Familia deberá establecer un procedimiento que garantice que la política para el manejo de las operaciones entre la sociedad y los miembros de la familia será aprobada por el Máximo Órgano Social de la sociedad de familia.

Medida 34. El Protocolo de Familia deberá establecer un procedimiento que garantice que la compañía informará al Consejo de Familia de todas las operaciones celebradas entre los miembros de la familia y la sociedad de familia. Medida

Medida 35. El Protocolo de Familia deberá regular la participación de personas con vínculos de afinidad con la familia empresaria, como empleados, contratistas y clientes de la sociedad de familia.

Medida 36. El Protocolo de Familia deberá establecer mecanismos de resolución de conflictos que garanticen su adecuado manejo y administración. (Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009).

Este último elemento es sumamente valioso para los propósitos de la sociedad de familia, debido a que una de las finalidades principales del protocolo es la de servir como herramienta expedita para la solución de conflictos al interior de la sociedad de familia; esto no quiere decir que el protocolo será el mecanismo en sí, sino que en él se puede pactar la vía de resolución, que con frecuencia es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

3.4. Proceso de creación del Protocolo de Familia

Como medida práctica para asegurar la eficacia en la aplicación del protocolo de familia, es necesario que en la creación de éste se haga partícipe a todos los miembros de la familia (quórum) para la toma de decisiones, la suscripción del protocolo y la aprobación de modificaciones al mismo,.

El proceso de elaboración e implementación del protocolo puede llevar meses o años dentro de una sociedad familiar, lo que dependerá del compromiso familiar, las necesidades y la magnitud del desarrollo de la sociedad.

En dicho proceso, todos y cada uno de los miembros de la familia deben participar, por tanto, es preciso crear escenarios para la elaboración y discusión del protocolo, con el fin de lograr consenso en su contenido. La continuidad y perseverancia de los miembros familiares es de vital importancia para culminar este proceso con éxito; y una vez superada la etapa de creación, debe procurarse la formalización del mismo en documento escrito, suscrito por todos los miembros de la familia a los cuales se les asignen, derechos y obligaciones. (Instituto de la Empresa Familiar, 2005).

El Consejo Familiar es el órgano de gobierno familiar encargado de poner en ejecución el protocolo, partiendo del perfeccionamiento del mismo, llevarlo a la práctica y propiciar su aplicación cada vez que sea necesario; para hacer de él un documento útil y no permitir que se convierta en letra muerta.

Por último, para que continúe siendo una herramienta eficaz y no pierda vigencia con los cambios que acompañan a las familias y a las sociedades, el protocolo debe estar en continuo cambio, en función, por ejemplo, de quien controla la sociedad, quien la dirige, entre otras eventualidades.

3.5. El Protocolo de Familia en Colombia: Un acuerdo de accionistas

3.5.1. Antecedentes

El protocolo de familia debe estar en armonía con todos los demás documentos que conforman el Código de Buen Gobierno de una sociedad, tales como los reglamentos de

asambleas, juntas, comités, código de ética y otros, sin perder su finalidad, que no es otra más que regular las relaciones entre los miembros de la familia a través de compromisos obligatorios de la sociedad familiar.

El concepto de gobierno corporativo fue introducido por Adam Smith en su obra *La riqueza de las naciones*: “*Cuando la propiedad y la gestión de las sociedades no coinciden plenamente, habrá potenciales conflictos de interés entre los propietarios y los gestores/administradores*”. (Smith, 1776)

La idea de gobierno corporativo se origina con la sociedad moderna, y se identifica inicialmente con la delegación del poder sobre la toma de decisiones hacia administradores distintos a los dueños. Tanto Adam Smith (1776) como Berle y Means (1932), expresaron sus reservas acerca de la viabilidad de este tipo de reformas. Smith, al referirse a las compañías por acciones, describe un típico conflicto de agencia: “*De los directores de tales compañías, sin embargo, siendo los administradores del dinero de otros y no del suyo propio, no puede esperarse que ellos lo vigilen con la misma ansiosa diligencia con la cual los socios en una sociedad privada frecuentemente vigilan el suyo propio*”. (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 1). Y, por su parte, Berle y Means apuntan a una estructura de propiedad difusa, para expresar sus dudas acerca de un control efectivo sobre los gerentes.

En 1976 Jensen y Meckling publican un artículo donde formalizan el problema de agencia y dan origen a la investigación moderna sobre el Gobierno Corporativo –GC, en adelante– en el ámbito económico. En su artículo, Jensen y Meckling (1976) establecen que “*un gerente (agente) cuya propiedad sobre la empresa que orienta es inferior al 100%, tiene conflictos de interés con el propietario (principal) puesto que existen beneficios privados de control que son obtenidos*

por el gerente en desmedro de la riqueza de los propietarios”. (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 1).

Así, en la década de los 90 se desarrolló este concepto abordando las diferencias de intereses entre la propiedad y la administración de la sociedad, frente a las que el gobierno corporativo busca crear y establecer mecanismos de control y protección, por parte de los accionistas, a las actividades de los miembros de las Juntas Directivas.

La preocupación por los problemas de gobierno corporativo surge en el “Informe Cadbury” (1992, Reino Unido), que recogía en un “código de buen gobierno” los esfuerzos y afanes de gremios de las compañías que cotizaban en la bolsa de Londres, expresando recomendaciones sobre compensaciones para ejecutivos, roles, facultades y especialmente para las juntas directivas.

A su vez, en los Estados Unidos se publica el Informe COSO, que establece el sistema de control interno en las organizaciones.

El “Código Combinado”¹¹ (1998) integró las recomendaciones que surgieron en la década de los 90 acogiendo el principio de “cumplir o explicar”, como actualmente se exige en Colombia a las sociedades cuyas acciones están en bolsa a través de la encuesta Código País:

- a. La imposición a las compañías de informar cómo aplican las recomendaciones del Código Combinado.

¹¹ “The Financial Reporting Council” es una organización independiente de UK, que regula y promueve la alta calidad del gobierno corporativo.

- b. La necesidad de explicar por qué no se han aplicado las recomendaciones. La OCDE publicó en 1999 los principios de gobierno corporativo, con recomendaciones sobre éstos, que han sido acogidos por muchos países dentro de los cuales se encuentra nuestro país.

Posteriormente, en el año 2002, en Estados Unidos de América, como consecuencia de los escándalos corporativos ocurridos con Enron y otras compañías, se promulga la ley “Sarbanes-Oxley Act of 2002”, también conocida como el Acta de Reforma de la Contabilidad Pública de Empresas y de Protección al Inversionista. Esta ley tiene como finalidad monitorear a las compañías que cotizan en la bolsa de valores, para no permitir que haya alteración en la valoración de las acciones y prevenir fraudes que afecten a los inversionistas; por lo que su violación conlleva consecuencias penales a los administradores y ejecutivos de las compañías.

En nuestra región estas iniciativas fueron condensadas en varios documentos, entre ellos, el “White paper” para Latinoamérica de la OECD, expedido por la Corporación Andina de Fomento (CAF) en el año 2009.

Colombia se sumó a estos esfuerzos, y así se evidencia cuando la Superintendencia Financiera de Valores, en el año 2001, expide la resolución 275 de 2001 *“como un ejemplo de mecanismo de promoción voluntaria de buenas prácticas de Gobierno Corporativo en los mercados de valores de la región”* (subrayado fuera de texto). De manera que estas prácticas de GC eran voluntarias y sólo estaban destinadas aquellas sociedades que tenían la intención de ser receptoras de los recursos de pensiones obligatorias. *“Hasta 2003 no existía la obligación legal respecto del establecimiento de normas o códigos de buen gobierno en las sociedades colombianas. Mediante la expedición de la ley 795 de ese año, se crearon las reglas de gobierno*

corporativo que deben cumplir diferentes intermediarios financieros” (subrayado fuera de texto). (Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009).

En el año 2005, se expidió “la Ley 964 la cual contiene una serie de normas de obligatorio cumplimiento para las sociedades abiertas. [Y] finalmente, en 2007, la nueva Superintendencia Financiera promovió el grupo de trabajo intersectorial que produjo el Código País de Gobierno Corporativo [...] Para su elaboración el Comité se basó, entre otros documentos, en los Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo, elaborados por la Corporación Andina de Fomento – CAF,” el cual se destinó para las sociedades que estuvieran inscritas en bolsa. (Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009).

No obstante, pese a la activa participación y el auge de dichas normas relativas al tema de GC, “a la fecha no existen reglas para sociedades en general y solo algunos sectores, entre ellos el financiero, tienen normas en este sentido” (Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009).

Implementar la práctica del GC es altamente conveniente para que las sociedades que se encuentren en un mercado fortalecido, y donde ellas mismas tengan fácil acceso a financiación, recursos y deuda; puesto que hay menos celo de la banca en su decisión de invertir y apoyar las compañías que están siguiendo esta clase de medidas.

En efecto, respecto de las prácticas de GC en el escenario de las sociedades de familia, la Superintendencia ha manifestado que

Este tipo de organizaciones tiende a controlar mejor los casos de agencia que las grandes sociedades anónimas (Anderson, Mansi &Reeb, 2002). En un contexto de largo plazo es un factor de ineficacia el que la familia conserve tanto el control como

la gerencia de la empresa: si el heredero no tiene el talento necesario para gerenciar el negocio, la gerencia no se delega (falla la meritocracia). Este tema es tratado en detalle por Burkart, Panuzi & Schleiffer (2002) quienes muestran que, en aquellos países en los que los regímenes legales y judiciales limitan con éxito las oportunidades de expropiación de los accionistas minoritarios, surge de manera natural la corporación manejada por gerentes profesionales. En donde la protección es intermedia la gerencia se delega a profesionales pero la familia se mantiene como un accionista mayoritario con el fin de monitorear al gerente; finalmente en los países en donde tal protección es muy débil, el fundador designa a su heredero para gerenciar y la propiedad se mantiene al interior de la familia. (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 7).

3.5.2. Naturaleza jurídica

En Colombia todavía no existe una regulación específica para el protocolo de familia, pero deben considerarse en su elaboración diferentes leyes y normas de carácter civil, mercantil, laboral y fiscal. La vinculación de los pactos acordados es pues un tema complejo y cuya eficacia debe ser revisada en cada caso concreto, pues puede constituirse en un vínculo legal o uno de carácter moral, con efectos entre partes u oponible frente a terceros (Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades, 2009), de la siguiente manera.

Fuerza moral: Bajo esta acepción, el protocolo de familia se suscribe a la manera de un pacto de honor y/o entre caballeros, en el cual los miembros de la familia se comprometen a la realización de ciertos actos y comportamientos ante determinados hechos, de forma que no existe una obligación legal, sólo moral entre las partes.

Fuerza legal entre partes: En razón del artículo 1602 del Código Civil, el protocolo familiar obliga a sus suscriptores a su cumplimiento, pero dicha vinculación se extiende sólo hasta las partes firmantes. Al mismo tiempo, la vinculación normativa de dichos acuerdos está sujeta a la conformidad de éstos con el orden público y las buenas costumbres, so pena de tornarse ineficaces y devenir en una mera vinculación moral.

Fuerza legal frente a terceros: La forma más común para que un acuerdo sea efectivo ante terceros es la inclusión de éstos en los propios estatutos de la sociedad. Sin embargo, esto puede convertirse en un arma de doble filo, ya que la publicidad de los estatutos conlleva la pérdida de privacidad de la información recogida en el acuerdo, que puede ser estratégica para la sociedad; además de las claras limitaciones legales para elevar estos acuerdos a estatutos. (Molina, 2010).

Así las cosas, ante la posible ineficacia de los acuerdos meramente morales, y la inconveniencia de los acuerdos estatutarios para la privacidad de la información de la sociedad, los acuerdos de accionistas se erigen como la mejor opción para la constitución de protocolos de familia.

3.5.3. Los acuerdos de accionistas

Los acuerdos de accionistas hacen parte de las herramientas que la legislación mercantil consagra como ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en las sociedades comerciales. En la doctrina foránea, Tulio Ascarelli –citado por Urbina– ofrece la siguiente definición

Aquellas convenciones que constituyen contratos plurilaterales, mediante los cuales los accionistas se obligan recíprocamente a votar en un mismo sentido o se obligan a entregar todas las acciones propias a un gerente de confianza común con mandato

irrevocable, para que éste lleve a cabo la actuación que se acuerda por la mayoría de los accionistas sindicados. (Urbina Galiano, 2003, pág. 801).

De acuerdo con Rosado Fernández de Castro, tal entendimiento de los acuerdos hace referencia al concepto –más estrecho– de *sindicatos de accionistas*, con el que tradicionalmente han sido asociados los acuerdos de accionistas. La sindicación de acciones es una figura ligada a los acuerdos de voto –similar a los *pooling agreements* del derecho anglosajón (Rosado Fernández de Castro, 1998, pág. 12)– mediante la cual todos o parte de los accionistas pueden asociarse para establecer la forma en que votarán en la Asamblea. Tales acuerdos vinculan a las partes, haciéndolos de obligatorio cumplimiento; y tienen diversas modalidades: pueden suscribirse sindicatos de mando y bloqueo, con retención o transmisión de título, unánimes o colegiados, financieros, de emisión o colocación, entre otros (Urbina Galiano, 2003, pág. 800).

No obstante, considera Rosado Fernández de Castro –y así mismo, este escrito– que “*los acuerdos entre accionistas constituyen pactos que pueden contemplar los más diversos aspectos y no solamente regular los derechos de voto de los accionistas o de un grupo determinado de los mismos*” (Rosado Fernández de Castro, 1998, pág. 8). Por lo que presenta una definición más amplia del concepto de acuerdo de accionistas:

Es un acto parasocial, cuyas disposiciones son concertadas por todos o una parte de los accionistas de una sociedad anónima¹², cuyo fin es influir en la vida y marca de la misma y satisfacer los intereses particulares de quienes suscriben el convenio.

(Rosado Fernández de Castro, 1998, pág. 9)

¹² La referencia a la sociedad anónima se entiende por la época del artículo, publicado en 1999. No obstante, hoy día este concepto puede ampliarse a la S.A.S.

Según Urbina, la validez de los acuerdos de accionistas está dada por i) el principio de la autonomía de la voluntad privada consagrado en el art. 1602 del Código Civil; ii) los artículos 110, numeral 14, y 118 del C. de Co. que establecen la posibilidad de constituir “*otros actos compatibles con la índole de cada tipo societario, con la finalidad de regular las relaciones originadas en el mismo contrato*”; y, por último, iii) las disposiciones normativas que los regulan. (Urbina Galiano, 2003, pág. 800). Por ello se hace necesario el estudio de su regulación legal, en aras de identificar sus fortalezas para la constitución de los protocolos de familia.

3.5.3.1. Marco legal

El Código de Comercio, en su artículo 110, establece los requisitos para la constitución de una sociedad y señala, en su numeral 14, la posibilidad de incluir pactos entre los socios que regulen de forma autónoma las relaciones originadas en el contratos sociedad.

ARTÍCULO 110. La sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará:

[...]

14) Los demás pactos que, siendo compatibles con la índole de cada tipo de sociedad, estipulen los asociados para regular las relaciones a que da origen el contrato.

Por su parte, el artículo 18 del C. de Co hace referencia de forma indirecta a los pactos no comprendidos dentro de los estatutos de la sociedad.

ARTÍCULO 118. Frente a la sociedad y a terceros no se admitirá prueba de ninguna especie contra el tenor de las escrituras otorgadas con sujeción a los artículos 110 y 113, ni para justificar la existencia de pactos no expresados en ella. (Subrayado fuera del texto).

Conforme a esto, se procede a referenciar la normatividad sobre acuerdos de accionistas vigente en la legislación colombiana, a saber, el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, y el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008; con el propósito de determinar las características de un acuerdo de accionistas, a efectos de contrastarlo con aquéllas del protocolo de familia.

3.5.3.1.1. Acuerdos de accionistas en razón de la Ley 222 de 1995

El artículo 70 de la Ley 222 de 1995 fue la primera regulación expresa de los acuerdos de accionistas en el ordenamiento jurídico colombiano, y en ésta se reconoció por primera vez la posibilidad de que los acuerdos de accionistas puedan surtir efectos más allá de las partes que los suscribieren.

ARTÍCULO 70. Dos o más accionistas que no sean administradores¹³ de la sociedad, podrán celebrar acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las asambleas de accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. En lo demás, ni la sociedad ni los demás accionistas, responderán por el incumplimiento a los términos del acuerdo.

Conforme a este artículo, para que un acuerdo de accionistas sea oponible, no sólo a las partes que los suscriben, sino a toda la sociedad; deben cumplirse ciertas reglas de validez, a saber, i) la formalidad de hacerlo constar en documento escrito, ii) su depósito en la

¹³ Conforme al artículo 22 de la Ley 222 de 1995 se consideran administradores de una sociedad: (i) el representante legal, (ii) el liquidador, (iii) el factor, (iv) los miembros de las Juntas o Consejos Directivos y (v) quienes de acuerdo con los estatutos de la sociedad ejerzan esas funciones.

administración de la sociedad, iii) la prohibición de que socios o accionistas que sean administradores lo suscriban, y iv) que verse sobre aspectos relacionados con el voto.

No obstante lo anterior, con base en la autonomía de la voluntad, es posible incluir en el acuerdo de accionistas regulaciones frente a otros asuntos, distintos al voto, pero la efectividad de tales disposiciones se vería limitada en cuanto a su oponibilidad.

Así las cosas, la Ley 222 de 1995 consagró, en su artículo 70, una excepción legal al postulado de la relatividad de los actos jurídicos, de manera que dichos pactos contenidos en un convenio parasocial producirán efectos respecto de la sociedad. Muchas han sido las discusiones en círculos académicos sobre el postulado de relatividad de este artículo, algunos dicen que es una verdadera excepción a la regla general, mientras que otros consideran que no es una excepción a dicho postulado ((Ospina & Ospina, Teria general del contrato y del negocio jurídico, 2012) . Sin embargo, más allá de este debate, lo importante es resaltar que debe cumplirse con lo previsto en el artículo 70 para que los acuerdos de accionistas surtan efectos vinculantes frente a la sociedad.

Del análisis del artículo 70, la Superintendencia de Sociedades determinó que la norma citada contiene múltiples exigencias –requisitos sustanciales de índole subjetiva, objetiva y de forma– cuyo cumplimiento se exige de modo imperativo.

La restricción subjetiva consiste en que los accionistas suscriptores no ostenten la calidad de administradores, al paso que la de naturaleza objetiva tiene que ver con las materias sobre las cuales puede versar el acuerdo, vale decir, el sentido en que los suscriptores deberán votar en las reuniones de la asamblea o la representación de tales accionistas en las sesiones del máximo órgano social. Además, debe

*cumplirse con la formalidad consistente en que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad. De no cumplirse con alguna de las exigencias mencionadas, parece suficientemente claro que el respectivo acuerdo solo tendrá efectos entre los accionistas que lo celebraron*¹⁴ (Subrayado fuera del texto) (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 238).

A pesar de que la redacción de este artículo es algo complicada, la Superintendencia de Sociedades considera que cuando se cumpla con los requisitos del mismo, los acuerdos de accionistas suscritos en razón del artículo serán oponibles a la sociedad, y en este sentido ha sido aceptado por la doctrina colombiana.

Según Reyes Villamizar, ‘la novedad introducida por el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 sobre este particular consistió en la posibilidad de que pudiera exigirse el acatamiento del pacto a la compañía y a los asociados o accionistas que no hubieren participado. Debe aclararse, sin embargo, que el artículo alude en forma exclusiva a los convenios [...] que versen sobre el sentido en que se emitirá el voto en el seno de la asamblea general de accionistas o sobre la representación de acciones en el máximo órgano social’ (2006). De igual forma, según Gil, ‘una vez depositado el acuerdo, este se hace extensivo y obligatorio también para la sociedad, en lo que tenga que ver con el nombre de los representantes comunes y el convenio de votar en un mismo sentido. Esta Superintendencia ha considerado, por vía administrativa, que los acuerdos de voto debidamente depositados y suscritos por accionistas que no

¹⁴No se entrará en detalle sobre estas exigencias ya que serán explicadas con claridad en el apartado jurisprudencial de la Superintendencia de Sociedades.

sean administradores, surten plenos efectos respecto de la compañía. (Subrayado fuera del texto) (Superintendencia de Sociedades, 2014).

En conclusión, según lo estipulado en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, el acuerdo entre accionistas válido será aquél suscrito por los accionistas de una sociedad (para nuestro caso, asociados familiares) que no sean sus administradores, que hayan celebrado acuerdos en virtud de los cuales se comprometan a votar en igual o determinado sentido en las Asambleas de Accionistas. Dicho acuerdo podrá comprender la estipulación que permita a uno o más de ellos, o a un tercero, llevar la representación de todos en la reunión o reuniones de la asamblea. Esta estipulación producirá efectos respecto de la sociedad siempre que el acuerdo conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad.

3.5.3.1.2. Acuerdos de accionistas en razón de la Ley 1258 de 2008

ARTÍCULO 24. Los acuerdos de accionistas sobre la compra o venta de acciones, la preferencia para adquirirlas, las restricciones para transferirlas, el ejercicio del derecho de voto, la persona que habrá de representar las acciones en la asamblea y cualquier otro asunto lícito, deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, siempre que su término no fuere superior a diez (10) años, prorrogables por voluntad unánime de sus suscriptores por períodos que no superen los diez (10) años.

Los accionistas suscriptores del acuerdo deberán indicar, en el momento de depositarlo, la persona que habrá de representarlos para recibir información o para suministrarla cuando esta fuere solicitada.

PARÁGRAFO 1°. El Presidente de la asamblea o del órgano colegiado de deliberación de la compañía no computará el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado.

La Ley 1258 de 2008 suprimió algunas de las restricciones antes explicadas para los efectos de las S.A.S..¹⁵ Por disposición de este artículo, los acuerdos de accionistas en las S.A.S. deben i) constar en documento escrito, tal y como se exige en el artículo 70 antes mencionado; también, como lo dispone la Ley 222, ii) deben ser depositados en la administración de la sociedad; pero, a diferencia de lo establecido en el artículo 70 de la Ley 222, la Ley 1258 permite que los acuerdos versen sobre “*cualquier [...] asunto lícito*”, tal como compra o venta de acciones, preferencia para adquisición, restricciones para transferencia, ejercicio del voto, representación para el voto, entre otros, extinguiendo así la restricción objetiva del artículo 70.

Además, contempla una limitación en cuanto a la duración de los mismos y, para tal fin establece un plazo, que no puede ser superior a 10 años, prorrogables por períodos adicionales que no excedan los 10 años.

Una vez cumplidos los requisitos de ley, los acuerdos de accionistas del artículo 24 surten efectos frente a toda la sociedad, de manera que, en virtud del párrafo 1 del mencionado artículo, no se computará el voto de quien haya votado en contra de lo acordado en un acuerdo de accionistas que esté depositado en la sociedad. De igual forma, para hacer valer los compromisos de que da cuenta el acuerdo, se podrá acudir a la Superintendencia de Sociedades, entidad que para tales efectos aplicará el trámite previsto en el proceso verbal sumario, del numeral 5° del artículo 24 del CGP.

¹⁵ De la misma forma no se entrará en detalle de los requisitos del artículo 24, porque se estudiara de manera detallada dentro del apartado de la jurisprudencia mas adelante.

La inclusión de estas disposiciones está encaminada a blindar a los acuerdos de herramientas de coercibilidad, que aseguren su cumplimiento, so pena de una eventual sanción o nulidad; revistiéndolos, así, de exigibilidad normativa. En palabras de la Superintendencia de Sociedades,

Los acuerdos de accionistas en las SAS cuentan también con mecanismos orientados a asegurar su efectividad, incluida la obligación que se le impone al presidente de la asamblea de no computar ‘el voto proferido en contravención a un acuerdo de accionistas debidamente depositado’ y la posibilidad de ‘promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, el cumplimiento de lo pactado. (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 238).

Por lo tanto, en Colombia los acuerdos privados de accionistas pueden estar sujetos a dos regímenes diferentes. Las S.A.S. admiten la celebración de acuerdos de accionistas sobre cualquier asunto lícito, y éstos deberán ser acatados en la sociedad siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. En las demás sociedades, los acuerdos de accionistas sólo serán vinculantes para la sociedad en la medida que se cumpla con los requisitos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995. No obstante, tanto para las S.A.S. como para las demás sociedades reguladas por el Código de Comercio, los acuerdos de accionistas que no se ajusten a los requisitos especiales del artículo 24 de Ley 1258 o 70 de la Ley 222, en cada caso, solo tendrán efectos frente a quienes lo suscriben.

3.5.3.2. Características de los acuerdos de accionistas

De conformidad con la regulación de los acuerdos de accionistas en la legislación mercantil colombiana, pueden identificarse como características de esta figura las siguientes:

- **Plurilateral:** En ellos intervienen dos o más partes, sin que se modifique la esencia del contrato.
- **Accesorio:** Requieren de la existencia del contrato de sociedad, cual es el contrato principal.
- **Consensual:** Sin perjuicio de la formalidad del depósito del acuerdo en las oficinas de la sociedad, el acuerdo de accionistas nace a la vida jurídica en el instante en que se produce el acuerdo de voluntades. La formalidad del depósito tiene por finalidad la producción de efectos jurídicos frente a la totalidad de los asociados, de manera que el acuerdo existe y es válido sin el lleno de este requisito.
- **De libre discusión:** En ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, los accionistas están en libertad para establecer las condiciones y alcances del acuerdo; no se sujeta a cláusulas predeterminadas.
- **De tracto sucesivo:** Las obligaciones originadas en el acuerdo se realizan de forma periódica durante la vigencia del contrato, no se ejecutan una sola vez.

3.5.3.3. Contenido de los acuerdos de accionistas

De acuerdo con Rosado Fernández de Castro, los tópicos más comunes sobre los que se circunscriben acuerdos de accionistas son: i) la resolución de controversias; ii) la restricción a la transferencia de acciones, mediante, por ejemplo, el derecho de preferencia o los títulos de negociación restringida; iii) el procedimiento a seguir ante el fallecimiento de un accionista; iv) el establecimiento de una cláusula penal; y v) la sindicación de acciones o *pooling agreement*. (Rosado Fernández de Castro, 1998, págs. 13-16).

3.5.3.4. Oponibilidad de los acuerdos de accionistas

La oponibilidad de los acuerdos de accionistas, es decir, los efectos jurídicos que surte, está determinada por el escenario hacia el que se enfoque. Así, i) frente a los accionistas que suscriben el acuerdo, surte la totalidad de sus efectos jurídicos desde el momento de su suscripción, sin necesidad de formalidad o reconocimiento posterior, en virtud del principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1602 del Código Civil; ii) frente a los demás socios no suscriptores, es decir, frente a la sociedad en su conjunto, los acuerdos de accionistas son, en principio, inoponibles; empero, de conformidad con los requisitos del artículo 70 de la Ley 222/95, para las sociedades en general, y el artículo 24 de la Ley 1258/08, para las S.A.S., éstos se hacen de obligatorio cumplimiento cuando son depositados en las oficinas de administración de la sociedad; por último, iii) frente a terceros ajenos a la sociedad, los acuerdos de accionistas no surten efecto jurídico alguno, a menos que se registren en Cámara de Comercio y pasen a integrar los estatutos sociales –abandonando su carácter parasocial–, evento en el cual serán oponibles a terceros.

3.5.3.5. Efectividad de los acuerdos de accionistas

Se ha hecho evidente en el desarrollo de estas páginas que el derecho societario es, por esencia, dinámico, práctico, global, y no deja de estar atento a las necesidades de las personas a las cuales se aplica; razón por la cual, como alternativa para perfeccionar negocios entre los accionistas de una sociedad, o entre éstos y terceros, se crearon los acuerdos de accionistas y, tal como se ha expresado en la actualidad, éstos tienen reconocimiento legal.

Para asegurar el cumplimiento de los mismos, y hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de los contratos en Colombia –particularmente, el artículo 1602 del Código Civil–, la manifestación de la voluntad de los particulares pasa a convertirse en verdadera

norma jurídica, dotada de los atributos propios de las mismas, entre ellos, la obligatoriedad para las partes, puesto que éstas quedan ligadas por sus propios actos, tal cual como si dichas prestaciones fueran impuestas por el legislador. (Ospina & Ospina acosta, teoría general del contrato y del negocio jurídico , 2005, pág. 306).

Esto ha sido ratificado por la Superintendencia de Sociedades, así: *“la transcendencia de la firmeza y solidez del vínculo contractual es algo que desde un principio ha sobresalido y se ha resaltado: es estar a lo dicho, es el respeto a la palabra empeñada: la fides, cimiento de toda economía, recogido en el lema latino-medieval “pacta sunt servanda”*” (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 247). De manera que, los acuerdos entre accionistas son vinculantes mientras no sean invalidados por mutuo consentimiento o por las causales previstas en la ley.

Con base en lo expuesto es que se hace posible exigir a las partes no desconocer los compromisos contractuales; por tanto, en el evento de desear terminar con las obligaciones contenidas en un acuerdo de accionistas, dentro de nuestro ordenamiento se han contemplado diversos mecanismos legales que permiten liberar a los asociados de las obligaciones adquiridas bajo el acuerdo de accionistas. Además de los modos tradicionales de extinción de las obligaciones, existen reglas de naturaleza societaria a las que se puede recurrir para lograr este fin, como el inicio de un proceso judicial que deje sin efectos las cláusulas del acuerdo que se consideren contrarias al interés social. *“En otros países es usual que las cortes desvirtúen la fuerza vinculante de una disposición paraestatutaria que sea manifiestamente contraria al interés social. Ello también sería posible en Colombia, como puede apreciarse en la siguiente opinión de Reyes Villamizar: ‘Cabría entonces preguntarse [...] si sería viable convenir, por ejemplo, que los suscriptores del acuerdo votaran en contra de todo lo que propongan los socios no participantes. La respuesta debe ser negativa, porque tal convenio contradiría el interés*

social. Por supuesto, mientras no se declare judicialmente la nulidad del acuerdo, este deberá reputarse válido y aplicable en absoluto” (Superintendencia de Sociedades, 2014).

Aunado a ello, la legislación mercantil ha blindado a los acuerdos de accionistas mediante la creación de mecanismos e instituciones que aseguren su cumplimiento, so pena de la imposición de sanciones, garantizando así su efectividad. Muestra de ello son i) los efectos del incumplimiento de los acuerdos, consagrados en los artículos 70 de la Ley 222/95 y 24 de la Ley 1258/08; ii) la regulación pertinente al abuso del derecho; y iii) la posibilidad de incoar la jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades ante el incumplimiento de los acuerdos. Estos mecanismos e instituciones son relacionados a continuación.

3.5.3.5.1. Efectos del incumplimiento

Tanto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, como en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, el incumplimiento de los acuerdos de accionistas produce efectos vinculantes respecto de la sociedad siempre que éstos cumplan con los requisitos legales concernientes.

La ejecución del cumplimiento de los acuerdos de accionistas alude, en primer término, a la forma de resolución de controversias ante el incumplimiento. Por virtud de la distribución de competencia establecida en el Código General del Proceso, esta acción atañe no sólo a aquellos convenios que cumplan con lo previsto en los artículos 24 de la Ley 1258/08 y 70 de la Ley 222/95, sino que también abarca aquellos acuerdos que surtan efectos solamente entre los accionistas suscriptores. En segundo lugar, siempre que se cumplan las condiciones previstas en la ley para el efecto, podrá promoverse ante la Superintendencia de Sociedades la ejecución específica de las obligaciones contenidas en acuerdos de accionistas. La competencia

jurisdiccional de esta entidad administrativa está contemplada en el literal a del numeral 5° del artículo 24 del Código General del Proceso.

ARTÍCULO 24. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a [...] las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

3.5.3.5.1.1. Incumplimiento del artículo 70 de la Ley 222 de 1995

En primer lugar, pueden incluirse en el acuerdo sanciones para el incumplimiento del acuerdo de accionistas, a través de cláusulas penales, suspensión de derechos políticos, transferencia de acciones, usufructo de acciones, cláusulas de dilución, etc.

Por otro lado, ante el incumplimiento del acuerdo de accionistas *“es factible controvertir los votos computados en contra de lo pactado en un acuerdo oponible a la sociedad, con el fin de impugnar la correspondiente determinación asamblearia.”* (Superintendencia de Sociedades, 2014). Como se explicó anteriormente, esta posibilidad surge del análisis del mencionado artículo 70, que cual establece que los acuerdos que cumplan con los requisitos allí previstos producirán efectos respecto de la sociedad. Al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha establecido que

No es posible computar los votos emitidos en contra de un acuerdo oponible, para efectos de conformar la voluntad social, expresada en el seno de la asamblea. En caso de que tales votos se tuviesen en cuenta para aprobar una determinación asamblearia, se habría violado la disposición imperativa del artículo 70, por lo cual podría solicitársele a una autoridad judicial que los descontara del respectivo

escrutinio. Una vez removidos tales votos judicialmente, sería preciso evaluar si la decisión impugnada podría subsistir si se toman en cuenta tan sólo los votos computados en forma válida. Si los votos remanentes resultan insuficientes para configurar la mayoría legal o estatutaria requerida, la decisión de la asamblea estaría viciada de nulidad absoluta, esto conforme al artículo 190 del Código de Comercio (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 252)

Es decir que, la impugnación será procedente solo si al descontar los votos proferidos en contra de lo pactado en el acuerdo no se obtiene la mayoría requerida para aprobar la correspondiente decisión.

3.5.3.5.1.2. Incumplimiento del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008

La Superintendencia de Sociedades es la entidad facultada para conocer de los procesos que tienen por finalidad la exigibilidad de los acuerdos de accionistas; además, como fue relacionado en el anterior aparte, existen mecanismos contractuales para sancionar ciertos incumplimientos, como la imposición de cláusula penal, la suspensión de derechos políticos, las cláusulas de dilución, etc.

Mientras que en el artículo 70 de la Ley 222/95 se habla de los acuerdos de accionistas “*producirán efectos respecto de la sociedad*”, el artículo 24 de la Ley 1258/08 habla de éstos “*deberán ser acatados por la sociedad*”. La Superintendencia considera que debe darse un alcance similar a ambas expresiones, de manera que los efectos del artículo 70 antes explicados serán los mismos para el artículo 24 de la Ley 1258/08.

3.5.3.5.2. Abuso del derecho

La figura del abuso del derecho es otra de las figuras que se presenta en los momentos en

que los asociados han incurrido en afectación de derechos al momento de celebrar acuerdos de accionistas. La Superintendencia de Sociedades ha ejercido el papel de garante de la protección del voto de las minorías, en aras de que no se produzca el abuso del derecho. A continuación, se exponen algunos argumentos al respecto.

Varios son los autores que coinciden en que en el abuso del derecho es restrictivo, pues éste sólo hace referencia al abuso de un derecho subjetivo, en tanto exista en su titular la intención de dañar; es por esto que el abuso del derecho deviene en una fuente de responsabilidad distinta de la culpa.

“Según Jaserán, padre de la teoría funcional, “cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quienquiera que pretenda desviarlo de su misión social comete una culpa, delictual y cuasi delictual, un abuso del derecho, susceptible de comprometer con este motivo su responsabilidad”. Para el autor citado, pues, todo se reduce a discernir por una parte el espíritu, la función del derecho controvertido, y por otra parte el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Si hay concordancia, el derecho se ha ejercido correctamente; si hay discordancia, el ejercicio se convierte en abuso y es susceptible de entrar en juego la responsabilidad del agente.” (Rengifo G. E.). Entendido esto así, debe existir simetría entre el móvil del titular y la finalidad del derecho ejercido, y en caso contrario se está ante un abuso del derecho.

Para Planiol, el termino “abuso del derecho” es ineficiente, pues para este autor no hay derecho cuando se abusa de él; es decir, el derecho cesa cuando comienza su tergiversación, por tanto, quien obra ilícitamente es porque excede su derecho, actúa sin derecho.

Para los hermanos Mazeaud y André Tunc, el abuso del derecho sí se considera una fuente

de responsabilidad que encaja en la culpa: *“por lo tanto, a esa doctrina se le aplican los principios generales de responsabilidad dado que el abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. En efecto, sostienen: “El abuso de un derecho es una culpa cometida en el ejercicio de ese derecho. Esa culpa puede consistir en una intención de perjudicar, en cuyo caso hay culpa delictual. Pero puede resultar igualmente de una simple imprudencia o negligencia, caso en el cual existe culpa cuasidelictual.”* (Rengifo G. E.).

Se puede concluir entonces que los elementos integrantes de la figura del abuso del derecho son: *“a) una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresa disposición legal; b) el uso contrario a los claros fines de la norma; c) la imputabilidad, pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario”* (Rengifo G. E.).

El abuso del derecho, en los términos referenciados, tiene un campo de acción realmente amplio; a continuación se limitará al tema en cuestión, cual es el abuso del derecho en los acuerdos de accionistas.

El profesor Reyes Villamizar describe el abuso del derecho como una de las figuras más relevantes a la hora de la protección de los derechos de los accionistas en las sociedades actuales, pues la reglas legales o contractuales son insuficientes a la hora de querer determinar conductas contrarias a derecho. La figura del abuso del derecho pretende defender los derechos de las minorías, y que estos puedan usarla en razón de las actuaciones abusivas de las mayorías. (Superintendencia de Sociedades, 2014).

En la jurisprudencia de los países que conforman la Unión Europea existen muchos antecedentes en los que se ha dejado claro que *“los accionistas mayoritarios no pueden ejercer*

sus derechos de voto para satisfacer sus intereses personales (en lugar del interés social), en detrimento de los demás accionistas. En estos sistemas se han diseñado novedosos mecanismos de protección para que los accionistas minoritarios puedan defenderse en contra de las actuaciones abusivas de los controlantes. El fundamento de estas protecciones radica en la notoria situación de indefensión en la que suelen encontrarse los accionistas minoritarios de una sociedad cerrada.” (Superintendencia de Sociedades, 2014).

En Colombia, la figura del abuso del derecho de voto se encuentra regulada en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en el cual se establece que *“se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas”*. La figura analizada se presenta en aquellos casos en los que, pese a la observancia de las normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías decisorias, etc.), se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación. (Superintendencia de Sociedades, 2014).

El artículo 24 del Código General del Proceso también regula este asunto, y se refiere a esta figura cuando hace relación a las funciones jurisdiccionales que tiene la Superintendencia de Sociedades, en su numeral quinto, literal e, según el cual la Superintendencia declarará la nulidad absoluta de los actos provenientes del abuso del derecho.

La figura del abuso del derecho podría llegar a configurarse dentro de una sociedad cuando se viola un acuerdo de accionistas, es decir, cuando hay un acuerdo oponible a la Asamblea de Accionistas y ésta, sin consideración a ello, toma decisiones en contra de dicho acuerdo, haciendo uso de las mayorías accionarias. Es aquí donde la teoría de la figura del abuso del derecho se

compadece con la realidad societaria, pues hay una conducta permitida por el derecho positivo en virtud de una expresión legal (votar de determinada manera, atendiendo a la libertad de voto dentro de la asamblea de accionistas), no obstante, las facultades dadas por dicha norma son usadas de manera contraria a los fines de la misma (se vota con la intención de perjudicar a las minorías). Cuando esto sucede, el sujeto es imputable pues se presume que se obra con discernimiento, intención y libertad, hasta tanto se demuestre lo contrario.

En el evento de que se configure el abuso del derecho dentro de una sociedad, se cuenta con la posibilidad de acudir ante la Superintendencia de Sociedades para que declare la nulidad absoluta de los actos que se tomaron con abuso del derecho, como se dijo anteriormente.

Luego de haber hecho un derrotero de los acuerdos de accionistas (Ley 222 de 1995 y 1258 de 2008), se pasará entonces a analizar, cual es el órgano competente al que deben recurrir quienes estén facultados para exigir el cumplimiento de dicho acuerdo.

3.5.3.5.3. Jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades

Desde el punto de vista jurisprudencial, en materia societaria, se ha evidenciado un constante desarrollo gracias a los pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades. En palabras de esta misma entidad, al definir su desempeño, *“la jurisdicción mercantil de la Superintendencia de Sociedades se ha convertido en el tribunal más eficiente de Colombia. La riqueza de los pronunciamientos jurisdiccionales tanto en su contenido como en la pertinencia de las decisiones, sumada a la enorme celeridad con la que se resuelven los litigios, constituye un ejemplo de fortaleza institucional y evolución de nuestro sistema jurídico.”* (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 11).

Dos fueron los eventos que abrieron las puertas al desarrollo jurisprudencial de la Superintendencia de Sociedades. El primero de ellos fue la expedición de la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se creó dentro del ordenamiento jurídico colombiano la figura de la S.A.S. Todo esto, en razón de que esta ley estableció en su artículo 24 que *“en las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos”*.

Más adelante, en la ley que aprobó el Plan Nacional de Desarrollo del primer gobierno del actual presidente Juan Manuel Santos (Ley 1440 de 2011, artículo 252) *“se le atribuyó a la Superintendencia de Sociedades, las mismas facultades jurisdiccionales para conocer de cualquier litigio que se suscitara con ocasión de la aplicación de las normas de Derecho Societario.”* Como muy bien concluye esta institución, *“estas dos disposiciones han representado uno de los mayores hitos en el Derecho Comercial colombiano. Lo que se ha logrado con estas pautas normativas es materializar una vieja aspiración que albergábamos desde hace varias décadas: nada menos que la creación de una jurisdicción especializada en Derecho Societario”* (Subrayado fuera de texto) (Superintendencia de Sociedades, 2014).

Además de los dos eventos anteriormente mencionados, el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) también alude a la figura analizada, pues en su artículo 24 regula las facultades jurisdiccionales a cargo de la Superintendencia de Sociedades. En esta regulación se dispone que dicha superintendencia tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria referidas a:

a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez.
(Superintendencia de Sociedades, 2014).

Con base en lo anteriormente expresado, a continuación se expondrán algunos pronunciamientos de la Superintendencia de Sociedades que muestran la injerencia de esta entidad en la regulación de los acuerdos de accionistas y las consecuencias de su eventual incumplimiento; sin dejar de lado algún desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional.

La razón por la que se relacionan algunas decisiones jurisprudenciales de la Superintendencia de Sociedades, va dada porque esta entidad ha analizado de manera detallada los artículos 70 de la Ley 222/95 y 24 de la Ley 1258/08, ambos relacionados con el tema de los acuerdos de accionistas al interior de las sociedades en Colombia.

Además, teniendo en cuenta que el protocolo de familia –objeto de nuestro estudio– es un acuerdo de accionistas, se hace indispensable conocer lo que ha dicho la jurisprudencia al analizar en la normatividad colombiana los artículos que regulan dichos acuerdos de accionistas.

Por su parte, el artículo 70 de la Ley 222/95 es el único artículo que hace relación a dichos acuerdos referente a las sociedades del Código de Comercio, ya que las S.A.S., son reguladas por ley especial, específicamente, la Ley 1258 de 2008, que también se analizará a continuación.

3.5.3.5.3.1. Caso “GIMANSIO VERMONT” *(por primera vez en la jurisprudencia Colombiana se sostiene la plena efectividad de un acuerdo de accionistas, celebrado bajo las pautas prevista en el artículo 70 de la ley 222 de 1995).* (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 229).

3.5.3.5.3.1.1. Hechos

1. El colegio “Vermont” Medellín S.A se dividía en dos facciones de accionistas, por una parte las compañías controladas por el señor Fernando Rojas (Inversiones Vermont uno S en C, Inversiones Vermont dos S en C y Vermont tres S en C), y por la otra, el bloque conformado por “Proedinsa Calle & Cía. S en C”, sociedad controlada por Gabriel Jaime Calle y Amalia Escobar García.

2. El bloque de compañías controladas por el señor Rojas detentaban a lo menos, desde comienzos del 2009, una mayoría de las acciones emitidas por Colegio Vermont S.A. Por su lado, la compañía controlada por Gabriel Jaime Calle y Amalia Escobar detentaba un porcentaje minoritario de las acciones.

3. El 25 de Marzo de 2009 los accionistas anteriormente mencionados suscribieron un documento denominado “Acuerdo Privado de Accionistas del Colegio Vermont Medellín S.A”, donde se pactaron múltiples aspectos, entre ellos se incluyó una cláusula relacionada con la futura capitalización de la compañía (Numeral 3 literal C), cuyo texto literal fue: “*Ambos accionistas*

acordamos que las capitalizaciones de la compañía, se discutan, examinen, y analicen previamente, por fuera del escenario de la asamblea de accionistas, en el propósito de que solo se acometen si hay favorabilidad y consenso entre las partes, sin entrar a considerar mayorías accionarias. La filosofía de la anterior decisión apunta a proteger los intereses del accionistas que no estaría interesado en capitalizar”. (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 234).

4. El 17 de febrero de 2012, tres años después de la suscripción del mencionado acuerdo, la Asamblea General de Accionistas aprobó una reforma estatutaria, consistente en el aumento del capital autorizado de la compañía. La decisión fue adoptada por el voto favorable del bloque de accionistas de Vermont uno, Vermont dos y Vermont tres, mientras que el bloque de accionistas minoritarios compuesto por Proedinsa votaron en contra de la mencionada reforma estatutaria.

5. En el acta de dicha asamblea, Fernando Rojas ratifica ante los asistentes la necesidad de capitalización de la sociedad para subsanar el déficit de liquidez que se observa en el flujo de caja presentado en la reunión de junta directiva extraordinaria, en la cual se resalta la necesidad de una inyección de capital por parte de los accionistas, para financiar el funcionamiento del colegio.

6. El 9 de marzo de 2012, la Junta Directiva del Colegio Vermont S.A. aprobó el reglamento de emisión y colocación de acciones, en el cual se hizo una emisión primaria sujeta al derecho de preferencia en la colocación de acciones.

7. Ante tal oferta, las compañías vinculadas a Fernando Rojas suscribieron 821.148 acciones ordinarias del Colegio Vermont Medellín S.A.; sin embargo, Proedinsa se abstuvo de suscribir acciones de la compañía.

8. El 9 de agosto de 2012, la Junta Directiva aprobó un nuevo reglamento de remoción y colocación de acciones del colegio Vermont. Este reglamento fue aprobado con los votos

positivos de Fernando Rojas, mientras que la compañía controlada Gabriel Jaime Calle, se opuso a ello.

9. En este nuevo proceso de capitalización participaron únicamente las compañías vinculadas a Fernando Rojas, las cuales suscribieron la totalidad de las acciones.

10. Según lo anterior, la participación en cabeza de Proedinsa pasó del 47.5% al 15.83% del capital suscrito, mientras que las compañías vinculadas a Fernando Rojas incrementaron su participación del 52.5% al 84.16%.

3.5.3.5.3.1.2. Análisis del caso

3.5.3.5.3.1.2.1. Argumentos de la parte demandante (Proedinsa Calle & Cía. S en C)

Según los demandantes, la capitalización debe ser por acuerdo entre las partes, con la finalidad de proteger los intereses de los accionistas que no estén interesados en capitalizar.

3.5.3.5.3.1.2.2. Argumentos de la parte demandada (Compañías controladas por Fernando Rojas)

El apoderado de los demandados señaló que el acuerdo de accionistas suscrito el día 25 de Marzo de 2009 carece de efectos jurídicos y encuentra su fundamento en la aparente violación de lo previsto en el artículo 70 de la Ley 222 de 1995.

Los demandados también organizaron su defensa desde la consideración de que era imposible cumplir con el pacto de voto antes referido, pues la situación financiera de la compañía era precaria y, por lo tanto, existió un posible mutuo disenso tácito entre los accionistas suscriptores del acuerdo.

3.5.3.5.3.1.3. Pretensiones

La demanda presentada por Proedinsa Calle & Cía. S. en C., contenía las pretensiones referenciadas a continuación:

1. 'Que se declare que las sociedades Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., y los accionistas Inversiones Vermont Uno S. en C., Inversiones Vermont Dos S. en C., e Inversiones Vermont Tres S. en C., incumplieron de manera directa el acuerdo privado de accionistas suscrito el 25 de marzo de 2009'.

2. 'Que como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento del acuerdo privado de accionistas de marzo 25 de 2009, se declare sin valor ni efectos jurídicos todos los actos y negocios celebrados o ejecutados en contravía de lo estipulado entre las partes que lo suscribieron y que a continuación se relacionan: 1) acta de asamblea No. 32 del 17 de febrero del año 2012 del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., 2) escritura pública No. 498 del 21 de febrero de 2012, otorgada en la Notaría 17 del círculo notarial de Medellín en la cual se contiene la reforma Estatutaria con aumento de capital autorizado del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., 3) inscripción en la Cámara de Comercio de la correspondiente escritura pública, 4) venta de acciones contenida en el acta No. 70 del 11 de mayo de 2012 de la junta directiva del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., y 5) reglamento de colocación de acciones contenido en el acta No. 68 del 9 de marzo de 2012 de la junta directiva del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A.'.

3. 'Que se condene en costas a las sociedades demandadas.' (Superintendencia de Sociedades, 2014).

3.5.3.5.3.1.4. Consideraciones de la Superintendencia de Sociedades

Las consideraciones que se analizarán de aquí en adelante, fueron desarrolladas por la Superintendencia de la siguiente forma:

1. La suscripción de acuerdos privados entre accionistas busca satisfacer necesidades de eminente contenido económico.

2. En la doctrina especializada se ha dicho que tales convenios pueden servir de aliciente para efectuar inversiones en sociedades de capital, en la medida en que le confieren solidez a los compromisos adquiridos ex ante por los asociados.

3 Para estos efectos, una de las funciones más importantes de los acuerdos privados está relacionada con la configuración de las relaciones entre los accionistas. (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999).

Como el Colegio Vermont es una sociedad anónima, se le hace aplicable el régimen de la Ley 222 de 1995, específicamente el artículo 70. Por tanto, se tiene que cumplir con lo dispuesto en dicha norma; de lo contrario, el aludido acuerdo sólo pudo haber vinculado a los accionistas que lo suscribieron. A continuación, la Superintendencia de Sociedades hace un análisis de los diferentes requisitos exigidos del artículo 70 citado.

3.5.3.5.3.1.4.1. Requisitos del Artículo 70 de la ley 222 de 1995

3.5.3.5.3.1.4.1.1. Restricción subjetiva

Sólo producirá efectos este artículo cuando el acuerdo parasocial sea celebrado por dos o más accionistas que no sean administradores de la sociedad. Por tanto, la restricción recae sobre los sujetos que detenten de manera simultánea la calidad de accionistas y administradores de una compañía.

En el caso Colegio Vermont Medellín S.A., dicho acuerdo fue suscrito por Fernando Rojas y Gabriel Jaime Calle, ambos administradores del Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., empero, actuando en calidad de representantes legales de los accionistas del colegio Vermont S.A., al momento de firmar dicho acuerdo de accionistas. Por tanto, se cumple el requisito de la restricción subjetiva, ya que los accionistas suscriptores del acuerdo no eran administradores del Colegio Gimnasio Vermont S.A., aunque las personas naturales que lo firmaron sí detentaban esa calidad. Dichos sujetos obraron en representación de las personas jurídicas que son accionistas de la compañía.

La doctrina ha entendido que dicha restricción no recae sobre administradores, que suscriban acuerdos en calidad de representantes legales de sociedades accionistas, pues este individuo no actúa a título personal. (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999).

3.5.3.5.3.1.4.1.2. Restricción objetiva

La restricción objetiva del artículo 70 alude a las materias u objeto sobre los pueden versar los convenios allí regulados. Así, los acuerdos de accionistas son acuerdos de voluntades, en virtud de los cuales los suscriptores se comprometan a votar en igual o determinado sentido en la asamblea de accionistas.

Para el caso del gimnasio Vermont Medellín S.A, el acuerdo de accionistas contiene ciertos mecanismos para que los accionistas concreten los términos de cualquier proceso de capitalización que adelante la compañía, disponiéndose que:

1. *“Todos los accionistas deberán discutir los términos de cualquier proyecto de capitalización antes de proponerla ante la asamblea de accionistas.”*

2. En segundo lugar, la cláusula estableció que *“solo podrá acometerse la capitalización si existe consenso entre las partes sin entrar a considerar mayorías accionarias”*.

¿Cómo entiende la Superintendencia de Sociedades este acuerdo? En sus palabras,

La manera más adecuada de interpretar lo expresado en la cláusula examinada consiste en entender que, a menos que los accionistas suscriptores estén de acuerdo en realizar la capitalización, deberán votar en contra de cualquier propuesta orientada a aumentar el capital de la compañía.

Se afirma que este acuerdo es para votar en un solo sentido la decisión de aumento de capital y que busca proteger los intereses de los accionistas que no esté interesado en capitalizar.

Se trata, pues, de un verdadero acuerdo de voto, en los términos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995. (Superintendencia de Sociedades, 2014)

3.5.3.5.3.1.4.1.3. Restricción formal

Por último, el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 exige que *“el acuerdo de accionistas conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad”*.

Esto asegura que, tanto la compañía como los accionistas no suscriptores, conozcan el contenido y los alcances del acuerdo. El requisito del depósito apunta, según la doctrina, a determinar el momento desde el cual el convenio resultara oponible a la sociedad.

Durante la reunión del 25 de Marzo del 2009 se encontraban presentes tanto los miembros de la junta directiva, como las personas que representaban la totalidad de los accionistas de la

compañía. Así como los representantes legales principales y suplentes de la sociedad. *“Este texto reposaba en las oficinas principales de administración de la compañía y se suscribió en presencia de la totalidad de accionistas y administradores, quienes conocieron el alcance y finalidad de los pactos allí contenidos. Por tanto, el despacho debe concluir que se cumplió con el requisito del depósito a que alude el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 por haberse verificado el cumplimiento de este último requisito, el acuerdo examinado surte efectos no solo entre los accionistas suscriptores, si no también respecto de la sociedad (Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A)”* (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 242).

3.5.3.5.3.1.4.2. Análisis del incumplimiento del acuerdo de accionistas

Como se cumplieron todos los requisitos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, y el acuerdo de accionistas suscrito es, por tanto, válido y oponible a la sociedad, se procede a hacer un análisis respecto de su incumplimiento.

Dicho incumplimiento se produjo durante la reunión asamblearia del 17 de febrero de 2012, donde Inversiones Vermont Uno, Vermont Dos y Vermont Tres, votaron a favor de la propuesta de aumentar el capital autorizado, incumpliendo así el contenido del acuerdo de accionistas antes referido. Pues mientras Proedinsa votó en contra de la propuesta, y al no existir un consenso entre los accionistas, Inversiones Vermont Uno, Vermont Dos y Vermont Tres han debido emitir su voto en contra de dicha propuesta.

En razón de los argumentos esgrimidos por los demandados, la Superintendencia de Sociedades se pronuncia de la siguiente manera:

El Despacho considera que las necesidades de liquidez de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. no pueden servir de fundamento para justificar el

incumplimiento de los compromisos adquiridos por los accionistas bajo el convenio parasocial estudiado. En otras palabras, el pacto de voto incluido en el acuerdo sí permite la capitalización de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A., pero la sujeta a la existencia de un consenso entre los accionistas suscriptores. Es por ello por lo que el pacto analizado no parece ser manifiestamente contrario al interés social, como sí lo sería un acuerdo para oponerse, sin más, a cualquier capitalización de la compañía.

[...] Así mismo, el Despacho encuentra que la capitalización controvertida no era la única manera de conjurar los problemas financieros de Colegio Gimnasio Vermont Medellín S.A. Es decir que las necesidades de liquidez de la compañía no pueden considerarse como un hecho irresistible que justifique el incumplimiento del acuerdo de accionistas.

[...] Así las cosas, este Despacho no puede convalidar el incumplimiento del acuerdo suscrito entre los accionistas por la simple verificación de las necesidades de liquidez de la compañía. (Superintendencia de Sociedades, 2014).

3.5.3.5.3.1.4.3. Efectos del incumplimiento de un acuerdo de accionistas

Entendiendo que las partes pidieron en sus pretensiones que se impugnara la decisión de la asamblea y no una indemnización de perjuicios, se procede a explicar cómo se desarrolla el fallo de la Superintendencia de Sociedades.

Respecto del artículo 70 de la Ley 222/95, el cual de manera imperativa señala que los acuerdos de accionistas celebrados válidamente y depositados en las oficinas de la sociedad “*producirán efectos respecto de la sociedad*”; para el despacho, esto implica que no es posible

computar como válidos los votos emitidos en contra de un acuerdo oponible, cuando éste produce efectos para conformar la voluntad social expresada en la asamblea. En caso de que así fuera, es decir, que tales votos se tuvieran en cuenta para aprobar una determinación dentro de la asamblea, se estaría violando la disposición del artículo 70, y esto haría posible solicitar ante una autoridad judicial que se descontaran dichos votos; cuando esto suceda, es decir, cuando se eliminen tales votos se evaluaría entonces la decisión tomada y se pasaría a determinar si dicha decisión hubiese podido subsistir aún cuando sólo se tomaran en cuenta los votos obtenidos de manera válida. Si los votos remanentes resultaren insuficientes para configurar la mayoría necesaria (legal o estatutaria) la decisión de dicha asamblea estaría viciada de nulidad absoluta, todo esto conforme al artículo 190 del Código de Comercio.

Respecto del caso en concreto, el despacho pudo constatar que los votos emitidos por Inversiones Vermont Uno, Inversiones Vermont Dos e Inversiones Vermont Tres, sí fueron tenidos en cuenta para la aprobación en el seno de la asamblea de la decisión de aumentar el capital autorizado, contraviniendo así el artículo 70 de la Ley 222/95. Por tanto, la Superintendencia de Sociedades descontó los votos emitidos por Inversiones Vermont Uno, Inversiones Vermont Dos e Inversiones Vermont Tres, bajo la consideración de que la tomada decisión adolecía de nulidad absoluta.

Por lo tanto, como consecuencia jurídica, al declarar que dicha situación adolecía de nulidad absoluta, se decidió retrotraer todos aquellos actos realizados en desarrollo de la decisión declarada nula, conforme con lo dispuesto en el artículo 1749 del Código Civil colombiano.

3.5.3.5.3.2. Caso “COMERCIAL Y AGROPECUARIA DE LOS ANDES (CIDELA) LTDA. Y SANTANA FRUITS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN” *(Viabilidad de celebrar*

acuerdos de accionistas sobre la elección de administradores sociales. Existencia de un conflicto entre accionistas como criterio analítico para establecer el carácter posiblemente abusivo de decisiones sociales) (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999).

3.5.3.5.3.2.1. Hechos

1. Se suscribió un acuerdo de accionistas el 30 de noviembre 2009, para la sociedad Santana Fruits S.A.S., entre los accionistas Juan Mauricio Barnier, en calidad de representante legal de Cidela Ltda, y Martin Alberto Morelli.

2. Dicho acuerdo contenía lo siguiente:

2.1. Dentro del capítulo segundo, denominado Gobierno Corporativo, en su cláusula 7 se dispuso que *“la elección de la junta directiva y el gerente general será por unanimidad”*.

2.2. En su cláusula 8.2 se estableció un mecanismo de designación y elección de los miembros de la junta directiva de Santana Fruits S.A.S, en los siguientes términos: *“antes de cualquier asamblea de accionistas en la cual se elijan directores de la junta directiva, los socios de Santana Fruits S.A.S. (Martin Alberto Morelli y Cidela Ltda) definirán la lista única que debe ser presentada para aprobación en dicha asamblea. Los accionistas de la compañía acuerdan votar unánimemente a favor de la única lista que se presente”*. (Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999, pág. 80).

2.3. *“De otra parte, en la cláusula décima del acuerdo de accionistas se regula la elección del representante legal de Santana Fruits SAS. Para el efecto, es preciso que los accionistas designen un candidato, escogido de una lista preparada conjuntamente por Martín Alberto Morelli y Cidela Ltda. En la disposición analizada también se expresa que, ante cualquier*

desacuerdo en cuanto a la conformación de la lista de candidatos o la designación del representante legal, se seguirán las recomendaciones formuladas por un experto en procurar personal calificado. Según el texto de la cláusula décima, ‘en caso de que los Accionistas no lleguen a un acuerdo con posterioridad a la tercera ocasión en que los Head Hunters envíen su lista de candidatos para ocupar el cargo de Gerente General principal, los accionistas acuerdan que acatarán la recomendación de los Head Hunters para estos efectos y nombrarán al Gerente General que la firma de Head Hunters les recomiende dentro de los cinco (5) días siguientes a dicha recomendación’ (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 88).

3. El mismo 30 de Noviembre del año 2009 fue depositado por el representante legal en las oficinas de administración de Santana Fruits S.A.S. el acuerdo de accionistas mencionado.

4. El 30 de agosto del 2012 se celebró la asamblea general de accionistas de la sociedad Santana Fruits S.A.S.

5. El apoderado del demandante considera que Cidela Ltda infringió el acuerdo de accionistas.

6. El mismo 30 de agosto de 2012, Cidela Ltda decidió “*de manera unilateral*” modificar la composición de la junta directiva elegida el 21 de junio de 2010, así como designar un nuevo representante legal.

7. Dicha decisión fue constatada en el acta número 9, correspondiente a la reunión antes mencionada (del 30 de agosto de 2012). En dicha acta quedó la propuesta formulada por el apoderado de Cidela Ltda, también quedó consignada la objeción de Martin Alberto Morelli: “[...] *manifiesta que no acepta el nombramiento en esta plancha la propuesta es ilegal, existe un acuerdo de accionistas que regula este procedimiento en la cláusula octava, se está violando y le*

pide al Gerente que rescate el acuerdo y lea la parte pertinente” (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 89).

8. El despacho consideró que *“ciertamente, las actuaciones de Cidela Ltda. no parecerían guardar congruencia con las reglas contenidas en esas cláusulas en cuanto a los pactos de voto para la elección de administradores, ni respecto del procedimiento que debe seguirse en caso de desacuerdo entre los accionistas suscriptores”* (Superintendencia de Sociedades, 2014, pág. 89).

3.5.3.5.3.2.2. Pretensiones

“En el escrito presentado, la demandante solicitó el decreto de medidas cautelares, con el fin de salvaguardar los derechos en litigio”. (Superintendencia de Sociedades, 2014).

3.5.3.5.3.2.3. Análisis del caso

De la misma forma que en el caso anterior, en el que se hizo un análisis del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, se procederá hacer un análisis del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, en razón de que la sociedad de que trata este caso es una S.A.S.

3.5.3.5.3.2.3.1. Requisitos del Artículo 24 de la Ley 1258 de 2008

3.5.3.5.3.2.3.1.1. Restricción subjetiva

Dentro del artículo 70 de la Ley 222 de 1995 será válido un acuerdo entre accionistas siempre y cuando aquellos que lo suscriben no sean administradores de la sociedad. En el artículo 24 de la Ley 1258 se habla sólo sobre *“los accionistas suscriptores del acuerdo”*, sin entrar a enfatizar si estos son o no administradores de la sociedad. Por tanto, esta limitante o restricción no existe dentro del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008.

3.5.3.5.3.2.3.1.2. Restricción objetiva

La restricción objetiva a que hace referencia el artículo 70 de la Ley 222, no se encuentra en el artículo 24 de ley 1558, pues como bien lo dice este artículo los acuerdos podrán versar sobre “*cualquier asunto lícito*”, por su lado el artículo 70 de la Ley 222 hace referencia a esos acuerdos en virtud de los cuales los suscriptores “*se comprometan a votar en igual o determinado sentido en la asamblea de accionistas*”, este es el único aspecto que se puede acordar en un acuerdo de accionistas dentro del entendimiento del artículo 70 de la Ley 222, mientras que en el artículo 24 de la Ley 1258 es una materia mucho más amplia.

3.5.3.5.3.2.3.1.3. Restricción formal

Por último, el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 exige que “*el acuerdo de accionistas conste por escrito y que se entregue al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad*”. El artículo 24 de la Ley 1258 establece esta misma restricción, así: “[...] *deberán ser acatados por la compañía cuando hubieren sido depositados en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad.*”

Esto asegura, como fue dicho con anterioridad, que tanto los suscriptores del acuerdo como la sociedad conozcan el contenido y los alcances del acuerdo, de forma que éste pueda producir efectos frente a ellos.

Para el caso concreto (Santana Fruits S.A.S.), los accionistas suscribieron el pacto accionario y, el mismo 30 de Noviembre del año 2009, éste fue depositado por el representante legal en las oficinas de administración de Santana Fruits S.A.S. Por tanto, el acuerdo es válido y cumple con los requisitos del artículo 24 de la Ley 1258/08, siendo entonces este oponible a toda la sociedad.

3.5.3.5.3.2.3.2. Acerca del incumplimiento del acuerdo de accionistas

Sobre el presunto incumplimiento del acuerdo de accionistas alegado por la parte demandante, la Superintendencia de Sociedades se pronunció en el siguiente esentido: *“Ciertamente, las actuaciones de Cidela Ltda no parecerían guardar congruencia con las reglas contenidas en esas cláusulas en cuanto a los pactos de voto para la elección de administradores, ni respecto del procedimiento que debe seguirse en caso de desacuerdo entre los accionistas suscriptores. En el escrito presentado, la demandante solicitó el decreto de medidas cautelares, con el fin de salvaguardar los derechos en litigio”*. (Superintendencia de Sociedades, 2014)

Por tanto, esta entidad resolvió efectivamente ordenar la suspensión de las decisiones tomadas por la asamblea general de accionistas de Santana Fruits S.A.S. durante la reunión extraordinaria iniciada el 30 de agosto del 2012.

3.5.3.5.3.3. Caso “SERVIUCIS S.A. CONTRA NUEVA CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN

S.A.S.” *(Abuso del derecho de voto por parte de un accionista mayoritario. El ejercicio abusivo del derecho de voto bajo el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008)*
(Sanín Bernal, Un nuevo derecho societario, 1999).

3.5.3.5.3.3.1. Hechos

1. Los hechos objeto de este proceso se produjeron en el contexto de un agudo conflicto entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Vélez Cadavid. Según los testimonios decretados por el Despacho, el referido conflicto se suscitó luego del rompimiento de las estrechas relaciones personales que existían entre tales sujetos. En palabras de Mauricio Vélez Cadavid, *“mi padre fue amigo de Edwin Gil [...], mi papá se murió hace 18 años, yo heredé esa amistad, seguí con la amistad de él, fui amigo de él, muy gran amigo de él y de su familia, pasamos incluso vacaciones*

juntos’. La relación personal entre los citados sujetos llevó no sólo a su participación conjunta en la adquisición de la Clínica Sagrado Corazón, sino también a una cercana colaboración en diversos otros emprendimientos.”

2. En marzo de 2011 se produjo el rompimiento total de las relaciones entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Velez Cadavid.

3. El 13 de enero de 2011 se constituyó la sociedad Inversiones Hospitalarias y Clínicas – en adelante, IHC S.A.S.–. Los socios eran Edwin Gil Tobón y Mauricio Velez Cadavid, quienes participaron del acto de constitución.

4. IHC S.A.S. fue constituida con el propósito de efectuar una inversión en el sector de la prestación de servicios hospitalarios.

5. El 19 de enero de 2011 se aprobó la capitalización de IHC S.A.S., a fin de permitir el ingreso de múltiples inversionistas, entre ellos Servicius S.A., con una participación del 30%.

6. El 19 de enero de 2011, en virtud de lo anteriormente expresado, IHC S.A.S. constituyó la sociedad Nueva Clínica Sagrado Corazón (‘NCSC’) S.A.S., por documento privado, inscrito en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Medellín.

7. El 31 de enero de 2011, IHC S.A.S., NCSC S.A.S. y Médicos Asociados S.A. suscribieron el denominado Acuerdo Privado, con el propósito de completar la transferencia del control sobre la Clínica Sagrado Corazón.

8. En enero de 2013, Serviucis S.A. fue removida de la junta directiva, durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de NCSC S.A.S celebrada el 26 de marzo de 2012.

9. El Despacho también pudo constatar que, durante la mencionada reunión del 26 de marzo, Mauricio Velez Cadavid ejerció los derechos políticos correspondientes al 70% de las acciones en circulación de NCSC S.A.S., en su calidad de representante legal de IHC S.A.S.

10. *“El 27 de marzo de 2012, se celebró la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de IHC S.A.S. En esa oportunidad, Edwin Gil Tobón, en su calidad de apoderado de Serviucis S.A., les propuso a los accionistas presentes ‘nombrar la plancha para Junta de la NUEVA CLÍNICA SAGRADO CORAZÓN S.A.S. y que SERVIUCIS S.A. conserve un miembro de Junta en dicha Sociedad’ (vid. Folio 1104). Según lo consignado en el acta No. 6 del máximo órgano de IHC S.A.S., Mauricio Velez Cadavid tomó la palabra para señalar que ‘[...] este es un tema ajeno a esta Asamblea, y que en dicha Sociedad se nombró Junta el pasado Lunes Marzo 26. No obstante lo anterior, la proposición de nombrar una nueva plancha para presentar nuevamente ante una asamblea extraordinaria de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S. es votada negativamente por todos los asistentes, salvo por Edwin Gil Tobón”.*

3.5.3.5.3.2. Consideraciones del Despacho

La demanda presentada ante la Super de Sociedades, estuvo orientada a establecer si la decisión de remover a Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. adolece de nulidad absoluta por abuso del derecho de voto, en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008.

Para las consideraciones de este caso, la Superintendencia de Sociedades formuló algunas consideraciones acerca del ejercicio del derecho de voto en las S.A.S.

Lo primero que debe resaltarse es que los jueces no deben inmiscuirse en la gestión de los asuntos internos de una compañía, salvo si se comprueba la existencia de posibles actuaciones ilegales, abusivas o viciadas por un conflicto de interés. Como por ejemplo, la figura del abuso de

derecho, que el profesor Reyes Villamizar describe como: *“la figura del abuso del derecho se ha convertido en uno de los expedientes más relevantes de protección de los derechos de los accionistas en los regímenes societarios contemporáneos. Debido a la complejidad de las situaciones que se suscitan en el ámbito de las sociedades, el simple análisis relativo a la observancia de reglas legales o contractuales suele ser insuficiente y, en no pocas ocasiones, puede conducir a la imposibilidad de detectar el verdadero alcance de conductas contrarias a Derecho”* (Superintendencia de Sociedades, 2014).

Aunado a la opinión de Reyes Villamizar, en la jurisprudencia de los países de la Unión Europea existen muchos antecedentes en los que se ha dejado claro que: *“los accionistas mayoritarios no pueden ejercer sus derechos de voto para satisfacer sus intereses personales (en lugar del interés social), en detrimento de los demás accionistas’ la tradición jurídica del common law. En estos sistemas se han diseñado novedosos mecanismos de protección para que los accionistas minoritarios puedan defenderse en contra de las actuaciones abusivas de los controlantes. El fundamento de estas protecciones radica en la notoria situación de indefensión en la que suelen encontrarse los accionistas minoritarios de una sociedad cerrada.”* (Superintendencia de Sociedades, 2014).

En Colombia, la figura del abuso del derecho de voto se encuentra regulada en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, en el cual se establece que *“se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas’*. La figura analizada se presenta en aquellos casos en los que *‘a pesar de observarse las normas sustanciales (sobre convocatoria, quórum, mayorías*

decisorias, etc.) se busca un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación”. (Superintendencia de Sociedades, 2014).

Por ello, en criterio de la Superintendencia se hace necesario analizar si los derechos de voto objeto de análisis excedieron el ámbito de lo permisible a la luz del ordenamiento jurídico.

IHC S.A.S, no sólo fue construida con el propósito exclusivo de efectuar una inversión en NCSC S.A.S, sino que la implementación de su objeto social estuvo limitada a la administración *“de su participación en el capital de NCSC S.A.S. Por lo cual “no existe animo societario que justifique la existencia jurídica de la sociedad, al extinguirse su objeto que no era otro distinto que servir de vehículo de inversión en salud”* (Superintendencia de Sociedades, 2014).

Conforme a todo lo anterior, la Superintendencia de Sociedades pudo concluir que *“‘Serviucis S.A. está legitimada para formular la demanda presentada’. Finalmente, como se verá más adelante, el Despacho encontró suficientes pruebas para concluir que Serviucis S.A. no solo se encontraba en una posición minoritaria en IHC S.A.S., sino que, por virtud de la decisión controvertida en este proceso, fue excluida de cualquier participación directa en la gestión de los negocios sociales de NCSC S.A.S.”* (Superintendencia de Sociedades, 2014)

Conforme a lo argumentado por el apoderado de Serviucis S.A, es decir, los perjuicios que le generó a dicha compañía el no poder participar en las reuniones de Junta Directiva de NCSC, la Superintendencia debió examinar si existió un posible impacto negativo en dicha remoción.

Por todo lo anterior la Superintendencia de Sociedades encontró diferentes elementos probatorios que apuntan a la importancia que revestía para dicha compañía el poder participar en el órgano directivo mencionado. Ya que Serviucis ostentaba la calidad de accionista minoritario

de IHC S.A.S. (*“el vehículo de inversión constituido con el propósito de administrar su participación en la Clínica Sagrado Corazón”*).

En primer lugar, se encontró que todos los inversionistas de IHC S.A.S. diferentes de Serviucis S.A., tienen alguna relación con Mauricio Velez Cadavid. En segundo lugar, se “optó” por colocar a IHC S.A.S., como accionista mayoritario de NCSC S.A.S.; esta situación restringió la posibilidad de fiscalización de Serviucis S.A. sobre su inversión hecha en la Clínica Sagrado Corazón. Por su parte, en calidad de accionista minoritario y Director de IHC S.A.S., Serviucis S.A. tenía simplemente un acceso “indirecto” a la información disponible sobre lo que sucedía en la Clínica. Es por esto que, el despacho encontró que dicha situación de desventaja sobre los intereses que tenía Edwin Gil Tobón sobre sus mismas inversiones, fue producto del rompimiento de la relación de “confianza” que existía entre este y Mauricio Velez Cadavid, antes del conflicto analizado.

3.5.3.5.3.3.3. El elemento volitivo requerido bajo el artículo 43 de la Ley SAS

Bajo los parámetros del artículo 43 de la Ley 1258 de 20008, este presupone que se acredite el cumplimiento de un elemento volitivo al momento de abusar del derecho de voto. Este elemento consiste en *“la intención de provocar un daño o de obtener una ventaja injustificada. Se trata del ejercicio de derechos políticos con un propósito que excede la finalidad del derecho de votar a favor o en contra de una determinación”*. (Superintendencia de Sociedades, 2014)

En atención a esto, el despacho procedió hacer un análisis para determinar la existencia de aquel elemento volitivo, es decir, de *“un ánimo premeditado de perjudicar a Serviucis S.A.”*.

3.5.3.5.3.3.3.1. La existencia de un conflicto intrasocietario

El surgimiento de disputas intrasocietarias suele en muchos casos incrementar los “incentivos” que tienen otros accionistas, especialmente los mayoritarios, para aprobar las decisiones que los favorezcan de manera exclusiva, en detrimento de los minoritarios. De la misma manera, cuando existen quebrantamientos de las relaciones entre dichos asociados hace que dejen de importar aquellos reparos que podrían haber tenido en cuenta los accionistas mayoritarios al momento de tomar esas decisiones.

Para el caso en concreto, es claro que existía un conflicto entre Edwin Gil Tobón y Mauricio Velez Cadavid, el cual, subsistía para la fecha en la que se aprobó la decisión que se está controvirtiendo en este caso, y continuó hasta el momento de la disolución y liquidación de IHC S.A S.; por lo cual este conflicto es considerado *“indicio de que el bloque mayoritario liderado por M Mauricio Vélez Cadavid pudo haber buscado perjudicar a Serviucis S.A. y beneficiarse con la decisión de recomponer la junta directiva de NCSC S.A.S.”*.

3.5.3.5.3.3.2. El patrón de conducta del bloque mayoritario

Como se ha explicado anteriormente, la remoción de Serviucis S.A de la junta directiva de NCSC S.A.S. se configuró en medio de un conflicto intrasocietario, pues su reemplazo guardaba vínculos con el bloque de accionistas mayoritarios, liderado por Mauricio Velez Cadavid. En palabras de la Superintendencia, esta conducta manifiesta que existía *“una intención premeditada de perjudicar a Serviucis S.A. y, correlativamente, procurar que el bloque mayoritario pudiera ejercer control irrestricto sobre la operación de NCSC S.A.S.”*.

Por lo tanto, en consideración de esta entidad, debió concluirse que realmente sí se ejerció el derecho de voto de manera que desborda el límite de lo permisible bajo el ordenamiento jurídico colombiano.

3.5.3.5.3.3.3.3. La justificación ofrecida para remover a Serviucis S.A.

En primer lugar, en la Asamblea General de Accionistas de IHC S.A.S. se decidió de manera reiterada no permitir que Serviucis S.A. recuperara su posición como director; en segundo lugar, se pudo constatar que la decisión anteriormente expuesta no estuvo precedida por una discusión acerca de las alternativas disponibles para que su reemplazo fuera hecho por un experto financiero en la Junta Directiva de NCSC S.A.S.

Por último, la Superintendencia de Sociedades concluyó lo siguiente: “*existió una patente intención de perjudicar a Serviucis S.A. y procurar una ventaja injustificada para el bloque mayoritario liderado por Mauricio Velez Cadavid. De ahí que la pretensión formulada en la demanda habrá de prosperar.*” (Superintendencia de Sociedades, 2014).

3.5.3.5.3.3.4. Conclusiones y fallo

En palabras de la Superintendencia de Sociedades, “*el Despacho cuenta con suficientes elementos de juicio para concluir que la decisión controvertida tuvo como propósito primordial restringir el acceso directo de Serviucis S.A. a la información sobre las operaciones de NCSC S.A.S. La remoción de Serviucis S.A. de la junta directiva de NCSC S.A.S. no solo despojó efectivamente a aquella compañía de una importante prerrogativa, sino que le permitió al bloque mayoritario liderado por Mauricio Velez Cadavid controlar el flujo de información acerca de la actividad de la Clínica Sagrado Corazón.*”

En segundo lugar, se concluye que existió verdaderamente el ejercicio de un derecho de voto abusivo en los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008. Todo esto, sin tener en cuenta que “*no puede entenderse en el sentido de que los accionistas minoritarios cuentan con un derecho intrínseco a participar en los órganos de administración de una compañía, ni mucho*

menos que, una vez tales asociados formen parte de la junta directiva, se conviertan en funcionarios inamovibles.” (Superintendencia de Sociedades, 2014).

Por todo lo anterior, el despacho de la Superintendencia decidió declarar la nulidad absoluta de la decisión de remover a Serviucis S.A de la junta directiva de Nueva Clínica Sagrado Corazón S.A.S., adoptada durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de esta última compañía celebrada el 26 de marzo de 2012.

3.5.3.5.4. Conclusiones sobre la efectividad de los acuerdos de accionistas

En razón a los apartados expuestos relacionados a la efectividad de los acuerdos de accionistas, a saber, i) los efectos su incumplimiento, ii) el abuso del derecho y, especialmente, iii) la jurisprudencia de la Superintendencia de Sociedades; puede concluirse que

3.5.3.6. Juez competente para la solución de conflictos relacionados con acuerdos de accionistas

El último de los problemas a estudiar respecto de los acuerdos de accionistas es entonces, el de la entidad jurisdiccional competente para conocer de asuntos relacionados con el incumplimiento de un acuerdo de accionistas o abuso del derecho, tanto en decisiones de las reuniones sociales o por fuera de éstas; en especial, luego de haber analizado la jurisprudencia que al respecto a construido la Superintendencia de Sociedades.

Para tal propósito, se cuenta con dos artículos sobre los acuerdos de accionistas ampliamente referenciados, a saber, el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, aplicable a todas las sociedades del Código de Comercio, y el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008, aplicable a las S.A.S. En ambos casos serán dos los órganos competentes para solucionar los conflictos suscitados: la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles de circuito, siempre y cuando

no se haya estipulado una cláusula compromisoria; y su elección queda a prevención de las partes. Todo lo anteriormente dicho se expondrá a continuación.

En primer lugar, para determinar las facultades Jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades, se hace necesario consultar en las normas especiales que regulan lo concerniente a los acuerdos de accionistas y el abuso del derecho.

La Ley 1258 de 2008, en su artículo 24 párrafo segundo, remite a la Superintendencia de Sociedades, como se cita a continuación: “*En las condiciones previstas en el acuerdo, los accionistas podrán promover ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos*”. (Subrayados fuera del texto). Por su parte, el artículo 43 de la misma ley, que regula el abuso del derecho, en su inciso segundo establece que: “*La acción de nulidad absoluta y la de indemnización de perjuicios de la determinación respectiva podrán ejercerse tanto en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad. El trámite correspondiente se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades mediante el proceso verbal sumario*”. (Subrayados fuera del texto).

No obstante, en caso de no existir norma especial vigente que faculte a la Superintendencia de Sociedades, como sucede en las sociedades del Código de Comercio respecto del acuerdo de accionistas y abuso del derecho regulados en los artículos 24 y 70 de la Ley 222 de 1995, se hace necesario analizar las disposiciones del Código General del Proceso. (Superintendencia de Sociedades, 2014).

3.5.3.6.1. Análisis del artículo 24 del Código General del Proceso

Antes de comenzar con este análisis, debe aclararse que se citan y analizan los literales más relevantes para este trabajo.

Artículo 24. Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

[...]

5. La Superintendencia de Sociedades tendrá facultades jurisdiccionales en materia societaria, referidas a:

a) Las controversias relacionadas con el cumplimiento de los acuerdos de accionistas y la ejecución específica de las obligaciones pactadas en los acuerdos.

Esta función está regulada en la Ley especial 1258 de 2008, artículo 24, y el proceso a seguir en el párrafo 2 del mismo artículo.

b) La resolución de conflictos societarios, las diferencias que ocurran entre los accionistas, o entre estos y la sociedad o entre estos y sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral.

Respecto de este numeral, cabe anotar que de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del CGP, *“las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos.* (Subrayado fuera de texto). Conforme a lo anterior, debe concluirse que la competencia de la Superintendencia de Sociedades está dada a prevención con las competencias que la ley ha dado a las autoridades judiciales en esta materia, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 20, numeral 4, del CGP:

Artículo 20. Los jueces civiles del circuito conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

[...]

4. De todas las controversias que surjan con ocasión del contrato de sociedad, o por la aplicación de las normas que gobiernan las demás personas jurídicas de derecho privado, así como de los de nulidad, disolución y liquidación de tales personas, salvo norma en contrario. (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, debe entenderse que la competencia de la Superintendencia de sociedad para conocer de asuntos relacionados a los acuerdos de accionistas es compartida con la otorgada a la autoridad judicial en estricto, en este caso a los jueces civiles del circuito en primera instancia; esto toda vez que las controversias suscitadas en razón de los acuerdos de accionistas se encuentran dentro de la categoría establecida en el numeral 4 del artículo 20 del CGP, al referir a aquéllas surgidas “con ocasión del contrato de sociedad”. Si bien esta no es una referencia específica, el acuerdo de accionistas –según hemos visto– tiene el carácter de contrato accesorio al contrato de sociedad, que actúa como contrato principal; de manera que, así mismo, puede establecerse que las controversias surgidas en razón de él devienen, en últimas, del contrato de sociedad.

c) La impugnación de actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión. Con todo, la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven del acto o decisión que se declaren nulos será competencia exclusiva del Juez.

Sobre este numeral cabe decir que, si bien la impugnación de actos de los órganos directivos de las sociedades es dejada en manos de la Superintendencia de Sociedades de forma

exclusiva, debe recordarse que no necesariamente el incumplimiento de los acuerdos de accionistas se realiza mediante “*actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas sometidas a su supervisión*”, teniendo en cuenta que las materias sobre las que puede versar un acuerdo de accionistas son en extremo diversas. En este sentido, la atribución de competencia de este numeral no permite arribar a conclusión distinta de la referida sobre el numeral anterior, es decir, la competencia a prevención entre la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles del circuito, en materia de acuerdos de accionistas.

d) La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios.

Esta función se encuentra regulada en la Ley especial 1258/08, artículo 42. Esta competencia no es tema o función de nuestro trabajo y por lo tanto no se entrará en mayor detalle.

e) La declaratoria de nulidad absoluta de la determinación adoptada en abuso del derecho por ilicitud del objeto y la de indemnización de perjuicios, en los casos de abuso de mayoría, como en los de minoría y de paridad, cuando los accionistas no ejerzan su derecho a voto en interés de la compañía con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja

injustificada, así como aquel voto del que pueda resultar un perjuicio para la compañía o para los otros accionistas.

El literal es muy claro y hace referencia a la potestad jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades para la declaratoria de la nulidad absoluta de los actos provenientes del abuso del derecho.

Así las cosas, cabe concluir que i) en materia de acuerdos de accionistas, por disposición legal son dos los órganos competentes para decidir los litigios fundados en ello, la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles del circuito, por lo que la competencia es compartida, es decir, existe un fuero concurrente, y queda a prevención de las partes la elección por uno u otro; y ii) en materia de abuso del derecho hay disposición específica, y es clara en atribuir competencia exclusiva a la Superintendencia de Sociedades.

Con todo, resulta interesante el análisis de la facultad jurisdiccional de la Superintendencia de Sociedades, en tanto entidad administrativa; por ello, se esbozan a continuación algunas ideas al respecto.

3.5.3.6.2. Jurisdicción de la Superintendencia de Sociedades

La Superintendencia de Sociedades, en ejercicio de las facultades otorgadas por la ley, ha dictado varios fallos en relación con el incumplimiento de acuerdos de accionistas en trámite verbal sumario.

Para resolver la demanda, esta entidad analiza la naturaleza y fuerza vinculante de los acuerdos de accionistas frente a los asociados que suscribieron el acuerdo, y también frente a la sociedad; además, analiza los mecanismos vigentes en la legislación nacional e internacional para

hacer efectivos estos acuerdos. Con base en la legislación colombiana, se estudian los requisitos objetivos y subjetivos que señala la Ley 222 de 1995 y la Ley 1258 de 2008, para el caso de las S.A.S.

La Superintendencia, en la parte sustancial de la sentencia, defiende el principio de legalidad de los contratos legalmente celebrados, que es la esencia de la efectividad de las normas del Derecho Privado, y sostiene que asegurar el cumplimiento de los acuerdos de accionistas está justificado en la función económica que cumplen estos convenios y en la necesidad de hacer efectivos los postulados que rigen la celebración y ejecución de contratos en Colombia, con base en el artículo 1602 del Código Civil.

Por primera vez en la jurisprudencia colombiana se sostiene la plena efectividad de un acuerdo de accionistas celebrado bajo las pautas previstas el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, y se señala que se puede controvertir el cómputo de votos en contra de lo pactado en un acuerdo que no sólo es oponible a la sociedad cuando se haya registrado, sino también entre las partes que lo suscribieron; por tanto, no sólo la decisión tomada en contravención al acuerdo es nula, sino que así mismo todos los procedimientos adelantados con posterioridad.

El análisis actual de la legislación colombiana conforme a las funciones jurisdiccionales por parte de la Superintendencia de Sociedades debe entenderse a la luz de lo regulado dentro del ordenamiento jurídico colombiano, específicamente los artículos que regulan esta materia dentro de las leyes especiales entre estas (Ley 222 de 1995, Ley 446 de 1998, Ley 1258 de 2008,) y dentro de leyes generales (Código de Procedimiento Civil y el nuevo Código General del Proceso).

3.5.3.6.3. Jurisdicción arbitral (clausula compromisoria).

Por último, se tiene que es posible obviar la competencia establecida por ley y redireccionar

el conflicto a órganos distintos, como los jueces arbitrales, siempre que se firme de antemano una cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria ha sido definida y defendida por la Corte Constitucional como “*el acto voluntario y libre de los contratantes de acudir a los árbitros, como quiera que el arbitramento tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar*”. (Sentencia C-163 de 1999).

Por su parte, en encontramos otra definición de clausula compromisoria en la jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá: “*la cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por ende, no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse por voluntad de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron*” (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 5 de diciembre de 2012, expediente No.110001319900120117049501.).

Es por esto que, bajo esta definición, la Superintendencia ha tenido que resolver conflictos en favor de aquella parte que prueba no haber manifestado su consentimiento para acudir al arbitraje en camino a la resolución de sus conflictos, aún si la decisión del acudir a arbitraje fue adoptada en asamblea general de accionistas y aprobada por mayoría legal exigida.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la potestad de pactar el arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia societaria se encuentra regulada para las S.A.S. en el artículo 40 de la Ley 1258 de 2008:

ARTÍCULO 40. Las diferencias que ocurran a los accionistas entre sí, o con la sociedad o sus administradores, en desarrollo del contrato social o del acto unilateral,

incluida la impugnación de determinaciones de asamblea o junta directiva con fundamento en cualquiera de las causas legales, podrán someterse a decisión arbitral o de amigables componedores, si así se pacta en los estatutos.

Para las demás sociedades del código de comercio, dicha potestad se encuentra regulada en el artículo 233 de la Ley 222 de 1995.

ARTÍCULO 233. Los conflictos que tengan origen en el contrato social o en la ley que lo rige, cuando no se hayan sometido a pacto arbitral o amigable composición, se sujetarán al trámite del proceso verbal sumario, salvo disposición legal en contrario.

No obstante, de pactarse el arbitramento se entenderá que todos los conflictos surgidos en razón del incumplimiento a un acuerdo de accionistas serán resueltos por la Superintendencia de Sociedades, mediante el trámite del proceso verbal sumario, o por la justicia ordinaria, a prevención.

En los acuerdos de accionistas, la cláusula compromisoria puede ser parte del negocio jurídico, aclarando siempre que ésta es una cláusula independiente al acuerdo y, por lo tanto, si el acuerdo adolece de algún vicio, éste no afectara en ningún momento la cláusula compromisoria.

3.5.3.7. Los acuerdos de accionistas vs Los estatutos sociales

Antes de presentar los acuerdos de accionistas como la herramienta idónea para la suscripción del protocolo de familia, resulta pertinente comparar los primeros con los estatutos sociales, a efectos de establecer las diferencias sustanciales existentes entre ellos y determinar la conveniencia y utilidad de los primeros para el propósito señalado.

Cuando miramos las normas del Código de Comercio, se desprende de ellas que dentro de los estatutos sociales quedan contenidas todas las reglas de conducta social que regulan el funcionamiento de la sociedad, por tanto, su aplicación es de obligatorio cumplimiento tanto para los accionistas como para los administradores a quienes corresponde la ejecución de las operaciones sociales.

Por su parte, los acuerdos entre accionistas y su vinculación o no a los estatutos sociales diferirán dependiendo del tipo social, si se rige por el artículo 70 de la Ley 222 de 1995 o si lo hace más bien por el artículo 24 de la Ley 1258.

En el artículo 70 de la Ley 222 de 1995, se *“dispone que los acuerdos de accionistas pueden versar exclusivamente sobre el sentido del voto y, acerca de la persona que representará a los firmantes en las reuniones de la asamblea de accionistas. Ahora bien, como quiera que el objeto de tales acuerdos está limitado a las materias indicadas, no es factible, o por lo menos conveniente, que se pacte estatutariamente el sentido del voto o se designe a la persona o personas que ha de representar a todos los accionistas en la reunión o reuniones de la asamblea.”* (Superintendencia de Sociedades, 2015).

Con base en la disposición anterior, es claro que los acuerdos de accionistas no pretenden reemplazar los estatutos sociales; en primer lugar, porque el contenido de los acuerdos es limitado; en segundo lugar, porque cada vez que haya modificación del acuerdo, deberán modificarse los estatutos y este proceder no es práctico; y, por último, porque los estatutos sociales se registran en la Cámara de Comercio para que sean oponibles a terceros, de manera que si los compromisos de acuerdos de accionistas son confidenciales, no es conveniente ventilarlos en los estatutos. (Superintendencia de Sociedades, 2013).

En el evento en que se trate de una S.A.S., creada por virtud de la Ley 1258 de 2008, al tenor del artículo 24, se puede decir que *“los acuerdos de accionistas podrán versar sobre cualquier asunto lícito y su utilidad estriba en poder conformar alianzas que funcionen paralelamente a los estatutos, sin contrariarlos; ahora bien, si un acuerdo llegara a celebrarse por todos los accionistas, pues lo viable resultaría en este evento que traduzca en una modificación a los estatutos de la compañía, como quiera que al suscribirse en esas circunstancias, se convierte en una norma a la que todos ellos deben someterse.”* (Superintendencia de Sociedades, 2015).

Entendiendo que el acuerdo cumple las exigencias establecidas en el artículo 24, y siempre que las reglas pactadas en el acuerdo no sean contrarias a las establecidas en los estatutos sociales, estos acuerdos vinculan a la sociedad y los administradores deben garantizar su cumplimiento. (Superintendencia de Sociedades, 2013). *“Por lo demás, no sobra señalar que en todo caso, como los acuerdos de accionistas deben consistir en un asunto lícito y, a su vez, que los estatutos sociales tampoco pueden contrariar la ley, siempre que los primeros no estén en contravía de una norma de derecho imperativa, es factible convenir que tales acuerdos se traduzcan en un pacto estatutario cuando quiera que estén suscritos por todos los accionistas de la compañía.”* (Superintendencia de Sociedades, 2015).

3.5.4. Acuerdos de accionistas como protocolo de familia

Así las cosas, y luego de establecido el derrotero sobre los acuerdos de accionistas en la legislación colombiana, tanto tratándose de S.A.S. como en el caso de las demás sociedades de Código de Comercio, puede concluirse que en definitiva, por su versatilidad de materia, sus condiciones flexibles y el amplio campo de acción que ofrece, los acuerdos de accionistas son,

del conjunto de herramientas del ordenamiento jurídico colombiano, la más idónea para el establecimiento de protocolos de familia.

Una determinación en tal sentido no debe sorprender, si se tiene en cuenta que tal como los protocolos de familia, los acuerdos de accionistas son viva expresión del principio de autonomía de la voluntad privada, sobre el que se funda el actuar de las sociedades de familia. En palabras de Rosado Fernández de Castro, *“el desarrollo de los acuerdos entre accionistas tiene fundamento en el postulado de la autonomía privada. La autodeterminación y autodisposición de los intereses privados de los accionistas contribuyen decididamente al reconocimiento de esta figura, paralela a los estatutos de una sociedad”*. (Rosado Fernández de Castro, 1998, pág. 16)

Para efectos de comprender la adecuación y conveniencia de la figura de los acuerdos de accionistas a los protocolos de familia, a continuación se relacionan sus características (apartados 3.2. y 3.5.3.2.), en aras de contrastarlas.

| Acuerdo de accionistas | Protocolo de familia |
|---|---------------------------------------|
| Es plurilateral. | Es plurilateral. |
| Es accesorio al contrato de sociedad. | Es accesorio al contrato de sociedad. |
| Es consensual, sin perjuicio de la formalidad del depósito, que debe cumplirse para que surta efectos jurídicos ante la sociedad. | Es consensual. |
| Es de libre discusión. | Es de libre discusión. |
| Es de tracto sucesivo. | Es de tracto sucesivo. |
| Es típico. | Es atípico. |

| | |
|--------------------------------------|--|
| Sólo pueden suscribirlo accionistas. | Pueden suscribirlo miembros de la familia, tanto si son accionistas como si no lo son. |
|--------------------------------------|--|

En consecuencia, puede concluirse que el acuerdo de accionistas y el protocolo de familia comparten varias de sus características esenciales, lo que posibilita su asimilación, sin que puedan, no obstante, ser confundidos; en especial, teniendo en cuenta que si bien ambas figuras se originan en el principio de la autonomía de la voluntad privada, el protocolo familiar goza de particularidades específicas.

Urbina explica la relación entre el acuerdo de accionistas –que ella refiere como sindicato de accionistas, cual es, como ya vimos, el acuerdo sobre las condiciones del voto– y el protocolo de familia, de la siguiente manera:

El concepto de protocolo de familia es más extenso que el concepto de sindicato de accionistas, ya que el primero puede abarcar al segundo y aun referirse a otros aspectos diferentes a los contemplados por los diversos tipos de sindicatos, toda vez que el protocolo no se limita a regular la propiedad accionaria, sino que involucra también, entre otros, al control de la administración por parte de un grupo de accionistas, los valores a transmitir, el trabajo y la creación de órganos familiares específicos.

No obstante, pese a que el protocolo sea, en efecto, un concepto más extenso que el de acuerdo de accionistas –y, tal vez, precisamente en razón de ello–, la pretensión regulativa del protocolo de familia, nacida en la autodeterminación de los sujetos privados en el ordenamiento jurídico colombiano, debe ser encauzada por medio de una herramienta normativa, típica, y

regulada en sus efectos. Ahora, si bien es cierto que la suscripción del protocolo de familia mediante un acuerdo de accionistas no es necesaria, en tanto éste puede constituirse como un acuerdo de honor revestido de fuerza moral; es recomendable y, a todas luces conveniente, que así se efectúe, puesto que la institucionalización de las directrices del protocolo familiar en un acuerdo de accionistas las reviste de validez jurídica, haciendo que surtan efectos más allá de las partes firmantes, y que su cumplimiento pueda ser exigido por vías legales.

Tal y como se dijo con anterioridad, según Gallo el protocolo de familia debe ser un acuerdo *querido y vivido* por los miembros de la sociedad familiar. Su institucionalización, en este caso, mediante el acuerdo de accionistas, permite que el protocolo sea vivido en otra dimensión, la jurídica.

CONCLUSIONES

Habiendo analizado lo hasta aquí expuesto, es necesario realizar unas consideraciones finales, que a continuación se desarrollan.

1. De las Sociedades de Familia

Debido a que las sociedades de familia no gozan de una regulación especial dentro de la legislación colombiana, éstas deben adoptar en su estructura el cuerpo de las sociedades del Código de Comercio y de las normas que lo complementan; así pues, en función de la estructura societaria que se desee crear, se debe acoger un tipo societario que se adecue y sea el vehículo para el desarrollo del objeto social pretendido. No existe entonces en la ley comercial o civil una definición propia de lo que se entiende por sociedad de familia, no obstante, la definición más

cercana pero restringida de familia¹⁶ respecto de lo que se debe entender por una sociedad de familia nos la brinda el artículo 6 del Decreto Reglamentario 187 de 1985, concepto que doctrinariamente y consuetudinariamente ha sido admitido como “una agrupación de personas formadas por el padre, la madre y los hijos”.

Con todo, se ha encontrado que esta definición resulta inadecuada para este tipo de sociedades, ya que el estudio de las sociedades de familia atiende a otras realidades. Independientemente del tipo societario que estas sociedades acojan, son en la práctica aquellas controladas por personas de una misma familia, que pueden ser tíos, primos, hermanos, sobrinos, abuelos, nietos, padres entre otros; en aquellas sociedades de familia donde ya se va por la tercera o quinta generación, es muy poco probable que entre los miembros aparezca un vínculo de segundo grado de consanguinidad, pues tienen evidentemente un parentesco más alejado que el que señala la normatividad actual, de forma que ésta, además de ser inadecuada, se queda corta o incompleta para las sociedades de familia complejas.

Teniendo claras las particularidades de las sociedades familiares y luego del estudio del Régimen General de Sociedades colombiano, resulta notorio que las Sociedades por Acciones Simplificada (S.A.S.) son aquellas que, como esqueleto o estructura societaria, permiten de una manera más flexible que una familia constituya una sociedad.

Las S.A.S. son aptas para el cumplimiento de los fines de las sociedades de familia, pudiéndose dentro de ella desarrollar cada uno de los elementos esenciales del sistema familiar, a saber, la familia, la propiedad y la empresa.

¹⁶ Este concepto está consagrado en el artículo 42, constitución política de Colombia:

"La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y' una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla".

Entre las características que hacen de este tipo societario el más adecuado para la constitución de sociedades de familia, se encuentran: i) libertad contractual para regular la gestión y organización de la sociedad; ii) sus flexibles requisitos de conformación y existencia, como la irrestricción sobre el número de accionistas, la posibilidad de constituirla mediante documento privado, y el término legal de dos años para pagar el capital suscrito; iii) el modelo de limitación de responsabilidad al que se adscribe, en el que todos los socios son responsables hasta el monto de sus respectivos aportes, impidiendo la confusión de los patrimonios social y familiar, y blindando a la familia ante una eventual catástrofe empresarial; iv) las facilidades de gobernabilidad que permite la posibilidad de emitir acciones especiales, o de restringir la negociación de las mismas, pues sirve al mantenimiento de la propiedad en manos de la familia; v) su estructura orgánica dúctil, en tanto permite prescindir de órganos como la Junta Directiva o la Revisoría Fiscal, que bien pueden ser remplazados por otros propios del raigambre familiar, como el Consejo Familiar; y, por último –y más importante para los propósitos de este estudio–, vi) la posibilidad de suscribir acuerdos de accionistas, herramienta legal mediante la cual pueden institucionalizarse los protocolos de familia, dotándolos de efectos jurídicos y coercibilidad.

Además de lo anterior, este tipo societario se ajusta a las necesidades de los empresarios, específicamente en lo concerniente a *“encontrar vehículos ágiles, tecnológicos y eficientes para ejecutar los negocios de forma organizada y asegurar valores tan significativos como el patrimonio y la unión alrededor de la empresa familiar, en la que sus particulares dinámicas pueden otorgarles grandes ventajas competitivas o llevarlos a caer en trampas genéricas* (Gallo, 1995, Gómez-Betancourt, 2005)”

En últimas, este tipo societario abre un campo amplio y cómodo para que las sociedades de familia, puedan incorporar los protocolos de familia con mucha más libertad y utilidad para el

cumplimiento de los fines de dicho contrato. En la Ley 1258 de 2008, se otorga a las S.A.S. la autonomía contractual, bindándole la posibilidad de estipular las normas con mayor autonomía dentro del contrato social. Así, la S.A.S., en palabras del profesor Reyes Villamizar, *“permite a las partes definir de modo más amplio las pautas bajo las cuales se gobiernan las relaciones jurídicas que surgen de la sociedad, las cuales tienen carácter dispositivo y pueden ser reemplazadas posteriormente por otras previsiones pactadas por los accionistas”*. (Reyes Villamizar F., 2009).

2. El protocolo de familia como una expresión de la Autonomía de la Voluntad Privada

La autonomía de la voluntad consiste en la delegación que hace el legislador a los particulares para que sean estos mismos quienes regulen las relaciones sociales, y estos la ejercen mediante la creación de actos y negocios jurídicos, de manera que, así entendida, la autonomía de la voluntad privada es fuente autónoma de efectos jurídicos.

El protocolo de familia entendido como un contrato atípico, es decir, por fuera de la ley, en el que la familia puede estipular –grosso modo– las condiciones que regularán las relaciones entre los subsistemas de la sociedad familiar (familia, empresa, propiedad), es una expresión de la autonomía de la voluntad privada, pues, citando a M. A. Gallo, *“el Protocolo Familiar debe ser un acuerdo que la familia establece respecto de su relación con la empresa y la propiedad; el Protocolo es voluntariamente querido y voluntariamente vivido, cuya finalidad última es conseguir la unidad y el compromiso dentro de la familia empresaria”*.

3. Respecto de lo que debe entenderse por Protocolo de Familia

El protocolo de familia se puede definir como un acuerdo o contrato, estipulado¹⁷ entre los asociados familiares, por medio del cual se acuerdan los principios esenciales de las relaciones de la familia con la empresa. Este pretende regular la organización, control y gestión dentro de la sociedad, así como las relaciones económicas y profesionales entre la familia, la propiedad y la empresa, con la finalidad de darle continuidad de manera eficaz y con éxito a través de las siguientes generaciones familiares.

4. Respecto de elevar el Protocolo de Familia a ser parte de los Estatutos Sociales

Las limitantes para incluir el protocolo de familia dentro de los estatutos sociales serán diferentes dependiendo del tipo societario.

Dentro de la S.A.S., el protocolo familiar podría ser documento integrante de los estatutos. En las demás sociedades del C. de Co, no obstante, los acuerdos entre accionistas no administradores sólo podrán versar sobre el sentido del voto –a la manera de los sindicatos de accionistas o *pooling agreements*–, de manera que aquellas cláusulas que del protocolo de familia que anticipen el sentido de una votación, no podrían considerarse como parte de los estatutos, toda vez que su inclusión en los estatutos conllevaría a una democracia estática, imposibilitando el desarrollo autónomo de los intereses de los asociados; por el contrario, las cláusulas que no refieran al voto podrán hacer parte de los estatutos.

5. El protocolo desde el punto de vista jurídico

Desde el punto de vista jurídico, el protocolo es un contrato consensual, pues para su nacimiento basta el acuerdo de voluntades; es por esto que sus normas son ley para las partes de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil. No obstante, el protocolo se encuentra

¹⁷ Debe entenderse esta estipulación del Protocolo Familiar, diferente a su oponibilidad, para no entrar en una contradicción: mientras el protocolo de familia es oponible a toda la sociedad (asociados familiares o no), su estipulación la hacen solo los asociados familiares vinculando esta estipulación a toda la sociedad familiar.

limitado por la ley (artículos 70 de la Ley 222 de 1995 y 24 de la Ley 1258 de 2008) y los estatutos.

Además de consensual, y pese a su limitación legal, el protocolo es un contrato atípico, plurilateral, accesorio, de libre discusión y de trato sucesivo.

6. Validez del protocolo de familia como acuerdo de accionistas

En primer lugar, debe señalarse que de acuerdo con las características de ambas figuras, el acuerdo de accionistas es la herramienta más expedita e idónea para constituir protocolos familiares, en tanto proporciona un marco legal más cerrado que el concepto de protocolo, pero lo suficientemente abierto para regular libremente las relaciones entre la familia, la empresa la y propiedad.

Como se ha podido evidenciar en todo lo relacionado anteriormente, hay tres puntos importantes a destacar conforme a los acuerdos de accionistas, en este caso, para la suscripción del protocolo de familia.

1. El primero de ellos es la validez del protocolo de familia frente al ordenamiento jurídico colombiano. Si estamos frente una S.A.S., el protocolo de familia, como acuerdo de accionistas, tendrá entonces que cumplir con los requisitos del artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. Por su parte si, nos encontramos frente a un protocolo de familia de una sociedad constituida mediante alguno de los demás tipos societarios regulados en el Código de Comercio, se debe atender a los requisitos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995.

Así, frente al artículo 24 el protocolo de familia podrá versar sobre cualquier asunto lícito, mientras que en el artículo 70 existe una restricción objetiva, que limita la materia de los acuerdos de accionistas a el sentido del voto en las reuniones de la asamblea o la representación

de tales accionistas en las sesiones del máximo órgano social, por lo que el protocolo de familia suscrito bajo el artículo 70 sólo podrá referirse a ello. En este mismo artículo se encuentra otra restricción, de carácter subjetivo, según la cual quienes ostenten la calidad de administradores no podrán suscribir acuerdos de accionistas en calidad de tal. Por último, en ambos artículos se exige cumplir con la formalidad del depósito, consistente en que el acuerdo suscrito conste por escrito y sea entregado al representante legal para su depósito en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad.

Entendido esto, los acuerdos privados de accionistas en Colombia pueden estar sujetos a dos regímenes diferentes. El de las S.A.S. admite la celebración de acuerdos de accionistas sobre cualquier asunto lícito, que deberán ser acatados en la sociedad siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008. En las demás sociedades, los acuerdos de accionistas solo serán vinculantes para la sociedad en la medida que se cumpla con los requisitos del artículo 70 de la Ley 222 de 1995. No obstante, tanto para las S.A.S. como para las demás sociedades reguladas por el Código de Comercio, los acuerdos de accionistas que no se ajusten al requisito formal del depósito del artículo 24 de la Ley 1258 o 70 de la Ley 222 en cada caso, sólo tendrán efectos frente a quienes lo suscriben.

2. El segundo refiere a la validez de los acuerdos respecto de la sociedad. De no cumplirse con algunas de las exigencias anteriormente mencionadas, el acuerdo de accionistas solo tendrá efectos entre los accionistas que lo celebraron o suscribieron; y si, por el contrario, se cumple con todos los requisitos de los artículos anteriormente mencionados, el acuerdo de accionistas será oponible frente a la sociedad en su conjunto. (Superintendencia de Sociedades, 2014).

3. Por último, los efectos del incumplimiento de los acuerdos de accionistas. Cuando efectivamente se presente un incumplimiento, se producirán efectos frente a toda la sociedad; esta posibilidad surge del análisis del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, según el cual no es posible computar los votos emitidos en contra de un acuerdo de accionistas oponible para efectos de poderse conformar así la voluntad social expresada en la Asamblea de Accionistas, y en caso de ser tenidos en cuenta, se estaría violando la disposición imperativa del artículo 70, pudiéndose, en consecuencia solicitar a una autoridad judicial que dichos votos se descuenten del respectivo escrutinio. Cuando esto suceda, es decir, cuando se remuevan dichos votos, se pasará a evaluar si dicha decisión subsiste aún cuando se tomen en cuenta sólo los votos computados de forma válida. En el evento en que los votos remanentes resulten insuficientes para configurar la mayoría legal, dicha decisión estaría viciada de nulidad absoluta, conforme al artículo 190 del Código de Comercio.

Lo anterior rige para ambos artículos (70 de la Ley 222 y 24 de la Ley 1258), pues mientras que el artículo 70 señala que los acuerdos de accionistas debidamente pactados y depositados “*producirán efectos respecto de la sociedad*”, el artículo 24 de la Ley 1258 dice que éstos “*deberán ser acatados por la sociedad*”. La Superintendencia considera que se debe dar un alcance similar a ambas expresiones, de manera que los efectos del artículo 70 antes explicados serán los mismos para el artículo 24 de la Ley 1258.

7. Juez competente para la solución de conflictos relacionados con acuerdos de accionistas

Se entiende entonces que la entidad competente para conocer de asuntos relacionados con el incumplimiento de un acuerdo de accionistas o abuso del derecho tanto en decisiones de las reuniones sociales o por fuera de éstas, será la superintendencia de sociedades o los jueces civiles

de circuito, siempre y cuando no se haya estipulado una clausula compromisoria; y su elección queda a prevención de las partes.

Para la S.A.S tenemos norma especial que nos remite directamente a la superintendencia de sociedades (artículo 24 y 43 de la ley 1258/08) No obstante, en el caso de las sociedades del Código de Comercio, no existe norma especial vigente que faculte a Superintendencia de Sociedades y es por esto que se hace necesario analizar las disposiciones del Código General del Proceso, específicamente su artículo 24, la competencia que se la otorgado a la Superintendencia de Sociedades en este artículo está dada a prevención con las competencias que la ley ha dado a las autoridades judiciales en esta materia.

Así las cosas, cabe concluir que i) en materia de acuerdos de accionistas, por disposición legal son dos los órganos competentes para decidir los litigios fundados en ello, la Superintendencia de Sociedades y los jueces civiles del circuito, por lo que la competencia es compartida, es decir, existe un fuero concurrente, y queda a prevención de las partes la elección por uno u otro; y ii) en materia de abuso del derecho hay disposición específica, y es clara en atribuir competencia exclusiva a la Superintendencia de Sociedades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

(s.f.).

(s.f.).

Amat, J. (2001). *La continuidad de la empresa familiar*. Gestión.

Arcila salazar, C. (2009). Sociedad Por Acciones Simplificada . *Mercatoria* .

Arena, H., & Rico, D. (14 de Mayo de 2014). *Ebscohost*. Recuperado el 1 de Diciembre de 2015, de Ebscohost:

<http://web.a.ebscohost.com.ezproxy.eafit.edu.co/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=29ca103a-b4cf-46ad-8670-29ace43283c5%40sessionmgr4003&vid=4&hid=4214>

Baena Cardenas , & Luis Gonzalo . (2009). *Lecciones de Derecho Mercantil*. Bogota: Universidad Externado .

Baena Upegui, M. (2000). *De las obligaciones en Derecho Civil y Comercial*. Bogota: LEGIS.

Banco Mundial, Corporacion Financiera Internacional . (2010). *Doing Business in Colombia. Subnational Serird*, 137.

Barcaldo , N. (2013). Diagnóstico del gobiernos corporativo como mecanismo en la prevención del fraude en empresas familiares . *Revista Universidad javeriana* , <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/cuacont/article/viewFile/7108/5630>.

Bejarano, R. (2011). *Procesos Declarativos, Ejecutivos y Arbitrales*. Bogota: Temis.

Bernal, R. (1989). Recuperado el 18 de Noviembre de 2015, de UNAM: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/640/6.pdf>

Betancourt, J., Gómez, G., López, M. P., Pamplona, F., & Beltrán, C. (2013). Ventajas y desventajas de la Sociedad por Acciones Simplificada para la empresa familiar en Colombia. Estudio exploratorio. *Estudios gerenciales*, 213-221.

Blalostok, S. (2014). *UNAM*. Recuperado el 09 de 01 de 2016, de UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx>

Cabrera, M. (1999). *Factores Determinantes del Éxito y el Fracaso del Proceso de Sucesión en la Empresa Familiar*. España: Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

CAF (Banco de Desarrollo de America Latina). (agosto de 2006). *CAF*. Obtenido de CAF: <http://www.caf.com/media/3071/capital-cerrado.pdf>

Casillas, J., Díaz, C., & Vásquez, A. (2005). *La gestión de la empresa familiar*. Madrid: Thomson Editores.

Colombia, P. d. (2012). *Código de comercio*. Bogotá: Legis Editores S.A.

Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá, Superintendencia de Sociedades. (Septiembre de 2009). *Guía Colombiana de Gobierno Corporativo para Sociedades Cerradas y de Familia*. Recuperado el 11 de 12 de 2015, de Superintendencia de Sociedades: [http://www.supersociedades.gov.co/inspeccion-vigilancia-y-control/gobierno-corporativo-y-rse/cartillas-y-guias/Cartillas%20y%20Guias/guia%20colombiana%20de%20gobierno%20corporativo%20\(8\).pdf](http://www.supersociedades.gov.co/inspeccion-vigilancia-y-control/gobierno-corporativo-y-rse/cartillas-y-guias/Cartillas%20y%20Guias/guia%20colombiana%20de%20gobierno%20corporativo%20(8).pdf)

Confecámaras, Red de Cámaras de Comercio. (2004). *Confecámaras, Red de Cámaras de Comercio*. Recuperado el 01 de 03 de 2016, de https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&rlz=1C1SAVS_enCO534CO535&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=translate

Coorporacion Financiera Internacional (grupo del banco mundial). (2011). *Manual IFC de Gobierno de Empresas Familiares*. Washington DC: International Finance Coorporation.

Corporación Andina de Fomento (CAF), Superintendencia de Sociedades, Confecámaras, Cámara de Comercio de Bogotá. (2009). *CAF y el “White Paper” para Latinoamérica de la OECD*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2011). Setenica C-186 .
<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-186-11.htm>.

Departamento de Derecho Internacional. (14 de 03 de 2016). *Departamento de Derecho Internacional*. Recuperado el 14 de 03 de 2016, de Departamento de Derecho Internacional: http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado.htm

Donnelley, R. G. (1964.). *“The Family Business”*. Estados Unidos: Harvard Business Review.

Enciclopedia Juridica. (s.f.). Autonomía de La Voluntad Privada. *Enciclopedia Juridica* , 1.

EY. (s.f.). *EY*. Recuperado el 14 de 01 de 2016, de EY: <http://www.ey.com/ES/es/Home/EY-informe-global-sobre-empresa-familiar>

Gallo, M. A. (1998). *La sucesión en la empresa familiar*. Barcelona: Servicios de Estudios La Caixa.

Gallo, M. A. (1998). *La Sucesión en la Empresa Familiar*. Barcelona: Servicios de Estudios La Caixa.

Gallo, M. A. (s.f.). *La Empresa Familiar*. Barcelona: Instituto De Estudios Superiores De La Empresa (IESE).

Gallo, M., & Tomaselli, S. (2006). *Protocolo Familiar: sus resultados* . Bilbao: Fundación Rafael Escola.

Gersick, K., Davis, J., Mc Collom, M., & Lansberg, I. (1997). *Empresas Familiares Generacion a Generacion*. Mexico DF: Mc GRAW-HILL INTERAMERICANA EDITORES, S.A de C.V.

Gomez, G. (2012). Consejo de familia. ¿Órgano para regular las relaciones familia - empresa? *Dinero*, 1.

Gonzales, F. (2000). *"Creación de Empresas"*. Madrid: Pirámide.

Güenaga, I., & Riva, V. (2011). *Empresa Familiar*.

Hinestrosa, F. (1986). *"Función, límites y cargas de la autonomía privada"* en estudios de derecho privado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Instituto de la Empresa Familiar. (2005). *Instituto de la Empresa Familiar*. Obtenido de Instituto de la Empresa Familiar: https://www.ehu.eus/documents/2819611/0/GUIA_GOB_EF_IEF.pdf

Jove, M. (22 de 01 de 2011). *Scribd*. Recuperado el 01 de 01 de 2016, de Scribd: <http://es.scribd.com/doc/47369223/ORIGEN-DE-LAS-SOCIEDADES-MERCANTILES>

Leach, P. (1993). *"La empresa familia"*. Barcelona: Garnica S.A .

LITZ, R. (1999.). *The Family Business: Toward Definitional Clarity*. . Family Business Review.

Llano, C., & Olgín, F. (1990). *La sucesion en las empresas familiares*. Barcelona: IESE.

Lucarely, R. (15 de 01 de 2013). *Societario* . Recuperado el 02 de 01 de 2016, de Societario: <http://www.societario.com/estudiantes/HistoriaSociedadesComerciales.htm>

Martinez Gullièn, M., & Pons, M. (2001). *Protocolo social y empresarial*. Madrid.

Martinez, & Jon. (2006). *PROTOCOLO Y CONSEJO FAMILIAR: CLAVES EN EL GOBIERNO DE UNA FAMILIA EMPRESARIA*. Bogota: Universidad de los Andes.

Martinez, J. (s.f.). *Protocolo y consejo familia: claves en el gobierno de una familia empresaria* . Santiago de Chile: Universidad de los andes chile.

Masea, A., Arosa, B., & Iturralde, T. (s.f.). *Familia empresaria y empresa familiar: Estructuras de gobierno*. Recuperado el 16 de 11 de 2015, de https://www.ehu.eus/documents/2819611/2882007/Familia_empresaria_y_empresa_familiar.pdf

Miguel A, G. (s.f.). *La Empresa Familiar*. Barcelona: Instituto De Estudios Superiores De La Empresa (IESE).

Ministerio de industria, turismo y comercio. (2008). *Guia para la pequeña y mediana empresa familiar*. Madrid .

Molina, S. (2010). *DISEÑO DE UN PROTOCOLO FAMILIAR APLICABLE A LA EMPRESA INVERSIONES GDG S.A.* bogota: universidad EAN.

Morgestein Sanchez, W. I. (2010). *La S.A.S en el Derecho Societario Colombiano: De un Institucionalismo de Forma Hacia un Nuevo Contract*. USTA.

Narváez García, J. I. (1998). *Derecho mercantil colombiano: Tipos de sociedad*. Bogotá: Legis Edistores S.A.

Narváez García, J. I. (s.f.). *Derecho Mercantil Colombiano*. Bogota: Legis.

Ojeda González , E., & Chu de Fung, S. (2013). Entender y Fomentar las Empresas Familiares. *DEBATES IESA* , 33.

Ospina, G., & Ospina acosta. (2005). *teoría general del contrato y del negocio jurídico* . Bogota: Temis .

Ospina, G., & Ospina, E. (2012). *Teria general del contrato y del negocio juridico*. Bogota: TEMIS.

Oviedo albán, J. (2011). Consideraciones sobre la naturaleza contractual y comercial de las sociedades en el derecho colombiano. *Revista de Derecho*, 5.

Perez, A. i. (06 de 01 de 2012). *modelo de empresa familiar: los cuatro pilares fundamentales*. Recuperado el 11 de 27 de 2015, de modelo de empresa familiar: los cuatro pilares fundamentales: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4817932.pdf

Prieto & Carriozza Abogados. (2007). ¿ Que son los protocolos de familia? *Conferencia intitucional Supersociedades* (pág. 28). Bogota: Prieto & Carriozza Abogados.

Rengifo, G. E. (s.f.). *Garrido & rengifo abogados* . Obtenido de Garrido & rengifo abogados: <http://www.garridorengifo.com/bienvenidos/doc/El%20Abuso%20del%20Derecho.pdf>

Rengifo, R., & Rengifo, R. (2012). *Personas Juridicas De Derecho Privado*. Medellin: Señal Editoria.

Revista semana. (2015). Empresas de familia ¿ por qué fracasan? *Revista Semana*, 1.

Reyes Villamizar, f. (2002). *"Derecho societario"*. Bogota: TEMIS S.A.

Reyes Villamizar, F. (2009). *"Las Sociedad por Acciones Simplificada"*. Bogota: Editoria LEGIS.

- Reyes Villamizar, F. (2010). *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificada*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rienda, L., Pertusa, E. M., & Claver, E. (2004). *UN MARCO TEÓRICO PARA LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA*. Recuperado el 27 de 11 de 2015, de Revista científica ESIC: http://www.esic.edu/editorial/editorial_revista_esic.php?tematica=777&num=118
- Rosado Fernández de Castro, E. (1998). Los acuerdos entre accionistas. *Foro del jurista*, 5-22.
- Ruiz Restrepo, j. (2015). el conflicto de las empresas familiares:Naturaleza, Causas,tipologias,y estrategias de solucion. *Lupa empresarial*, 10.
- Ruiz, j. (2015). el conflicto de las empresas familiares:Naturaleza, Causas,tipologias,y estrategias de solucion. *Lupa empresarial*, 10.
- Sánchez, A., Casanova, C., & Sánchez, S. y. (2002). *La Empresa Familiar: manual para empresarios. Claves legales para su correcta organización y su continuidad* . Bilbao: Deusto.
- Sanín Bernal, I. (1999). *Un nuevo derecho societario*. Medellín Colombia: Biblioteca jurídica Diké.
- Sanín Bernal, I. (1999). *Un nuevo derecho societario*. Medellín: Biblioteca jurídica Diké.
- Sanín Bernal, I. (1999). *Un nuevo derecho societario*. Medellín : Biblioteca jurídica Diké.
- Serna, H., & Suarez, E. (2005). *“La Empresa Familiar: Estrategias y Herramientas para su Sostenibilidad y Crecimiento”*. Bogota: Temis.

Serrano Cañas, J. M. (2015). "Las empresas familiares: una caracterización em pre sarial y la tipología societaria de capital más adecuada". *Revista Fomento*, 75-110.

Serrano Gomez, R. (2010). Modificaciones al régimen de capacidad Hunama en la ley 1306 de 2009. *Revista facultad de Derecho y Ciencias politicas UPB*, 25.

Smith , A. (1776). *La Riqueza de las Naciones* .

Superintendencia de Sociedades. (2014). *Jurisprudencia Societaria*. Bogota: Superintendencia de Sociedades .

Superintendencia de Sociedades. (23 de Mayo de 2013). *Superintendencia de Sociedades*. Obtenido de Superintendencia de Sociedades.

Superintendencia de Sociedades. (2014). *Jurisprudencia Societaria*. Bogota: Superintendencia de Sociedades.

Superintendencia de Sociedades. (02 de 06 de 2015). *Superintendencia de Sociedades*. Obtenido de Superintendencia de Sociedades:
www.supersociedades.gov.co/superintendencia/normatividad/conceptos/conceptos-juridico

Superintendencia de Sociedades. (2014). *Jurisprudencia Societaria*. Bogota: Super Intendencia de Sociedades.

Superintendencia de Sociedades. (2014). *Superintendencia de Sociedades*. Recuperado el 03 de 30 de 2016, de Superintendencia de Sociedades:
http://www.supersociedades.gov.co/_layouts/pagina404.html

Superintendencia de sociedades. (23 de Enero de 2006). *Oficio 220-002583*. Bogotá.

Superintendencia de Sociedades. (25 de Marzo de 2008). *Oficio 220-057310*.

Superintendencia de Sociedades. (26 de Marzo de 2009). *Concepto 220-057533*.

Superintendencia Financiera. (13 de Octubre de 2005). *Concepto 20059-1098*.

Urbina Galiano, L. (2003). Algunos aspectos jurídicos del protocolo de familia en la legislación colombiana. *Vniversitas*, 791-810.

zapata, M., & Gomez, H. (2012). *NATURALEZA JURÍDICA Y VINCULATORIEDAD DEL PROTOCOLO DE FAMILIA*. Recuperado el 22 de 12 de 2015, de NATURALEZA JURÍDICA Y VINCULATORIEDAD DEL PROTOCOLO DE FAMILIA: https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/68128/1/naturaleza_juridica_familia.pdf